

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DES
CONTRE-LETTRES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le samedi 3 mai 1913, à 3 heures

PAR

Félix COLMET-DAÂGE

Président : M. AMBROISE COLIN, professeur.

*Suffragants : { MM. PIÉDELIEVRE, professeur.
PERCEROU, professeur*

PARIS

M. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, RUE SOUFFLOT ET 12, RUE TOULLIER

1913

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses ; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.



UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DES

CONTRE-LETTRES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le samedi 3 mai 1913, à 3 heures

PAR

Félix COLMET-DAÂGE

Président : M. AMBROISE COLIN, professeur.

Suffragants : { MM. PIÉDELIÈVRE, professeur.
PERCEROU, professeur.



PARIS

M. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, RUE SOUFFLOT ET 12, RUE TOULLIER

1913

DES CONTRE-LETTRES

INTRODUCTION

Notre intention est d'étudier cette sorte de contre-lettres à laquelle fait allusion l'article 1321, qui, sans en indiquer la nature, en exprime les effets : « Les contre-lettres, dit-il, ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes ; elles n'ont point d'effet contre les tiers. »

Notre travail pourrait aussi bien s'intituler : Étude sur l'article 1321.

Nous parlerons toutefois des autres sortes de contre-lettres pour indiquer leurs différences ; car le meilleur moyen de préciser les contours d'un objet est souvent d'en indiquer les limites suivant la méthode des géographes.

Et aussi parce qu'il est difficile de séparer complètement les unes des autres, les différentes parties de la science du droit.

La multitude et la diversité des principes sur lesquelles elle se base, l'éloignent de la science idéale

qui reposerait sur un petit nombre de principes dont on déduirait indéfiniment les conséquences, semblables à un arbre au tronc unique portant de nombreux rameaux. Elle ressemble plutôt à un pied de vigne mainte fois rebouturé, et dont les sarments puisent leur sève à différents pieds.

But des contre-lettres

Pourquoi les parties ont-elles fait un acte qui ne traduit pas leur véritable volonté.

C'est ce qu'il est aisé de comprendre par des exemples (1). « On aura vendu et par acte séparé on aura fait remise du prix : il y a dissimulation d'une donation. On aura vendu pour un certain prix et par une contre-lettre, l'acheteur aura consenti à payer un prix supérieur à celui stipulé dans l'acte : il y a dissimulation du chiffre du prix. Dans de nombreuses circonstances, l'acte a pour but de constituer en faveur d'une personne une propriété apparente et la contre-lettre réserve les droits du véritable propriétaire.

« A l'époque où la qualité d'électeur et celle d'éligible étaient la conséquence d'un certain cens électoral on achetait un bien payant une certaine contribution pour être électeur ou éligible, mais on recon-

1. Colmet de Santerre, IV, p. 544.

naissait par une contre-lettre que la vente était fictive et que le vendeur restait le propriétaire véritable. Aujourd'hui cet intérêt n'existe plus ; mais on peut désirer paraître propriétaire d'actions d'une grande compagnie, de la banque de France par exemple, pour satisfaire aux statuts qui exigent souvent que les administrateurs de ces compagnies soient propriétaires d'un certain nombre d'actions. On peut acheter un fond de commerce pour avoir du crédit, pour être éligible au tribunal de commerce.

« Enfin à l'inverse certaines personnes à qui le commerce est interdit par des règlements professionnels achètent par l'intermédiaire d'un comparse et l'acheteur reconnaît par une contre-lettre que le fond de commerce n'est pas sa propriété. »



Digitized by the Internet Archive
in 2026

CHAPITRE PREMIER

Diverses sortes de contre-lettres

§ I. — CONTRE-LETTRES DIRIGÉES CONTRE LES TIERS ET CONTRE-LETTRES DIRIGÉES CONTRE LA LOI.

Les exemples que nous venons de citer, choisis parmi tant d'autres, montrent les contre-lettres envahissant de nombreuses branches du droit : droit administratif, droit civil, droit commercial. Dans tous les domaines où les hommes peuvent contracter, la fraude s'installe.

Contre-lettre est synonyme de fraude ; mais à la différence du dol qui est la « tromperie commise dans la conclusion d'un acte juridique » par l'une des parties contractantes envers l'autre, c'est la fraude dirigée contre les tiers et par tiers nous devons entendre ici non seulement les ayant cause à titre particuliers des parties contractantes mais encore les créanciers chirographaires (1).

Les contre-lettres sont employées par les débiteurs

1. C'est un point communément admis, qui donne à l'article 1231 une utilité véritable et sur lequel nous ne discuterons pas.

insolvables désireux de soustraire à leurs créanciers chirographaires tout ou partie du gage général que leur confère l'article 2125.

Dans ce même but ils pourraient user d'une aliénation réelle, vendre un immeuble dont le prix payé en monnaie ou en valeurs au porteur pourrait être facilement escamoté.

Mais la vente fictive est plus séduisante. Avec elle point n'est besoin de se séparer définitivement pour une gêne momentanée d'un bien patrimonial auquel mille liens d'intérêt et de souvenir peuvent vous rattacher. Une telle opération en dehors de toute considération d'ordre moral peut même être désastreuse si la vente a lieu à une époque de stagnation dans les affaires et si le bien vendu est susceptible de plus-value.

Il y a bien la ressource de la vente à réméré mais notre Code a limité la faculté de rémérer à cinq années (art. 1662). « Faute par le vendeur d'avoir exercé son action de réméré dans le terme prescrit l'acquéreur demeure propriétaire irrévocable. » De plus les conditions du rachat peuvent être onéreuses (1).

1. Aux termes de l'article 1373, le vendeur qui veut user de son droit de réméré doit rembourser à l'acheteur non seulement le prix payé mais encore,

- 1° Les frais et loyaux coûts de la vente ;
- 2° Les réparations nécessaires car le vendeur les aurait faites lui-même s'il avait conservé la possession intérimaire de sa chose ;
- 3° Les impenses utiles jusqu'à concurrence de la plus-value. L'ache-

Les avantages de la contre-lettre sont contrebalancés par la nature des barrières légales qui leur sont opposées et nous verrons par la suite que, si ce moyen de fraude présente des avantages sur la simple « *fraus creditorum* », il est aussi plus facile aux tiers d'en déjouer les artifices et qu'au fond la situation du débiteur est très ambiguë.

Il peut être fait également usage de simulation et de contre-lettre non plus pour frauder les tiers mais pour tourner une prohibition de la loi. Or, contre la loi il n'y a qu'une sanction, c'est la nullité ; toute convention contraire à la loi est nulle. La contre-lettre, contraire à la loi, doit donc être nulle à l'égard de tous, au contraire des contre-lettres visées par l'article 1321, dont nous faisons l'objet particulier de notre étude et qui sont valables entre les parties contractantes.

M. Colmet de Santerre semble méconnaître la va-

teur a par là un moyen indirect de paralyser l'exercice du réméré. Les propriétaires qui vendent leurs biens avec pacte de rachat sont ordinairement des personnes gênées. En construisant sur le terrain vendu pour des sommes importantes, l'acheteur peut mettre le vendeur dans l'impossibilité de fait d'user de son droit.

Si toutefois le vendeur réussit à prouver que les constructions élevées par l'acheteur ont été faites dans ce but et par calcul, il pourrait faire ordonner la remise des liens dans leur ancien état à moins que l'acheteur n'aime mieux les laisser au vendeur pour un prix minime, car nul ne peut supprimer par dol le droit d'autrui : « *Fraus omnia corrumpit.* »

leur de cette distinction en parlant indistinctement des unes et des autres : « Destinée à tromper les tiers ou à éluder des lois ou règlements, la contre-lettre aurait pu être déclarée nulle par la loi. Cependant le Code a voulu même à propos d'un acte critiquable respecter le principe de la liberté des conventions il a validé la contre-lettre en faisant toutefois une réserve dans l'intérêt des tiers. »

Il n'en n'est rien. Cette phrase ne semble pas viser la contre-lettre dirigée contre la loi et nous ramène plutôt à celles établies contre les tiers car aucun des exemples précités ne présente une contre-lettre directement contraire à la loi. Il parle bien de la dissimulation d'une donation sous la forme d'un contrat onéreux pour éviter charges fiscales ou les formalités des articles 931 et suivants portant que tout acte de donations entre vifs sera passé devant notaire, que la donation n'engagera le donateur et ne produira aucun effet que du jour où elle aura été acceptée en termes exprès, etc. Mais ces pratiques s'autorisent d'une jurisprudence contraire à la loi sanctionnée par la Cour de cassation et qui s'est fortement établie en France dès le début du XIX^e siècle.

Aujourd'hui la validité des donations déguisées ne se discute plus. On ne saurait dire que les textes dont la Cour de cassation refuse systématiquement de tenir compte méritent encore le nom de loi.

Quand un débiteur simule un enrichissement pour

acquérir le cens électoral en déguisant une donation sous la forme d'une vente, il ne fait par cet acte rien qui soit contraire à la loi puisque les donations déguisées sont autorisées. Ce n'est qu'indirectement et dans l'intention du contrat que la loi est tournée. Ce n'est pas par l'arme de l'article 1321 que les gouvernements qui se sont succédé jusqu'aux dernières années du Second Empire combattaient ces sortes de fraudes.

Il y a véritablement contre-lettre contraire à la loi lorsqu'une personne fait sous forme d'un contrat à titre onéreux une donation à une personne incapable de recevoir, par exemple la donation faite sous couvert de vente par une malade à son médecin au cours d'une maladie ayant entraîné la mort.

Le déguisement ne saurait la sauver ; il est autorisé pour permettre d'éviter les formalités de donations, mais certainement pas pour tourner une incapacité de recevoir établie par la loi. Elle est frappée de nullité même entre les parties contractantes par les articles 911 et 1100. On pourrait alors raisonner ainsi : la contre-lettre annihile ce qui a été conclu dans un acte apparent ; donc quand elle est nulle l'acte apparent doit seul produire des effets, entre les parties contractantes, comme à l'égard des tiers.

Un tel raisonnement serait faux et on ne saurait faire grief aux jurisconsultes qui n'ont pas mis en relief cette distinction entre les contre-lettres abso-

lument nulles et celles simplement inopposables aux tiers.

A l'égard des parties contractantes, l'acte apparent est nul dès que la simulation en est prouvée par l'existence d'une contre-lettre. Mais qu'importe la validité de cette contre-lettre, son existence n'est pas nécessaire pour provoquer la nullité de l'acte apparent. Rien ne peut rendre la vie à un acte mort-né. Il nous semble inadmissible que par suite de la nullité de la contre-lettre, les parties se trouvent obligées d'exécuter les termes de la convention apparente alors que sa simulation est prouvée par l'existence d'une contre-lettre valable ou non.

L'article 1321 suppose spécialement que le second contrat est parfaitement valable, seulement ayant été fait secrètement il est demeuré ignoré des tiers ; ceux-ci ont agi dans leurs rapports avec les parties contractantes comme si le premier contrat seul existait et leurs calculs ont été dérangés par l'apparition du second. Par exemple un capitaliste a prêté de l'argent, escomptant comme garantie un immeuble avantageusement acquis par son débiteur. Ce dernier ne rembourse pas. Le créancier va le saisir lorsqu'un contrat secret lui apprend que l'immeuble n'a jamais été la propriété de son débiteur, que la vente qui l'en rendait propriétaire était fictive.

C'est alors qu'il y a véritablement contre-lettre et

que jouent les protections exorbitantes du droit commun, édictées par l'article 1321. Le créancier poursuivant pourra ne pas tenir compte de la contre-lettre et saisir un immeuble qui n'appartient pas à son débiteur.

Ce texte renverse tout ce qui est communément admis. Il permet à des créanciers chirographaires de ne pas tenir compte de la situation acquise de leur débiteur et de se fonder sur un acte inexistant, l'acte simulé, pour repousser les conséquences d'un acte valable : la contre-lettre. Cependant on parle couramment et on qualifie de contre-lettre des actes secrets absolument inexistants. Ainsi on parle de contre-lettres à propos de cessions d'offices ministériels. Elles sont prohibées sinon expressément par la loi, du moins par une jurisprudence constante de la Cour de cassation interprétant souverainement la loi du 26 avril 1816. Le vendeur d'un office ministériel ne doit rien réclamer en dehors du prix de la cession fixé par la chancellerie.

Une telle contre-lettre n'a cependant aucune existence juridique : en demander l'exécution devant un tribunal, c'est la faire tomber. Il a même été jugé qu'un semblable contrat ne crée pas une obligation naturelle et que si le prix stipulé dans la contre-lettre a déjà été fourni, il peut être répété comme indûment payé.

Il en est de même de toutes les contre-lettres contraires à la loi.

Il est vrai que devant les tribunaux il faut parler des conventions nulles pour en faire déclarer la nullité : un arrêt de la Cour de Bordeaux confirmé par la chambre civile de la Cour de cassation s'exprime ainsi : « D'après une règle générale en droit, les nullités fussent-elles absolues ou substantielles, ou même d'ordre public n'existent pas de plein droit ; les actes qu'elles visent conservent leurs effets tant qu'ils n'ont pas été annulés. »

A leur sujet s'ouvre un double débat : 1° sur la volonté de la loi dans le cas où elle serait suffisamment explicite ; 2° sur l'identification du cas concret et particulier avec le cas prévu et annulé par la loi, il ne faudrait pas en conclure que devant les juges on parle même de ce qui n'existe pas.

Elles peuvent être aussi nombreuses que les péchés des hommes contre la loi. Nous n'examinerons cependant que quelques-unes de leurs principales manifestations.

§ II. — LES CONTRE-LETTRES DANS LA CESSION D'OFFICES MINISTÉRIELS.

La loi du 28 avril 1816 (art. 91) en accordant aux officiers ministériels le droit de présenter à l'agrément du gouvernement des successeurs, pourvu que ceux-ci réunissent les qualités exigées par la loi, a

reconnu implicitement que les officiers ministériels pouvaient se faire payer l'exercice de ce droit au profit d'une personne déterminée. Le silence seul de la loi pourrait suffire, la seconde partie de l'article fait à cette faculté une allusion voilée mais certaine.

Ce qu'on appelle cession d'office n'est autre que la convention par laquelle un officier ministériel s'engage moyennant un prix donné à présenter une personne à l'agrément du gouvernement, le paiement du prix restant naturellement subordonnée au succès de la présentation.

Le gouvernement comprit vite les abus auxquels pouvaient donner lieu ces cessions d'office et les souvenirs de l'ancien régime, non moins que des faits récents, le décidèrent dès le 21 février 1817 à prendre des mesures contre l'exagération dans le prix des charges. Il était d'intérêt général et supérieur de couper court à ces majorations de prix car l'acheteur allait en définitive finir par demander aux clients la compensation du prix trop élevé de son office.

Le ministre se reconnut donc le droit de connaître toujours et de réduire quand il le jugerait convenable le prix de la cession.

Les parties n'eurent plus de refuge contre sa surveillance que dans l'emploi de la simulation et les contre-lettres se multiplièrent, se résumant toutes en une modification dans le prix de la cession, mais y arrivant par des moyens divers.

Le cas le plus fréquent est celui où le vendeur se fait payer comptant une certaine somme en plus du prix porté dans l'acte. On trouve dans un arrêt du 24 juillet 1855 (D. 55.1.331) une contre-lettre portant stipulation de la moitié des produits bruts de la charge pendant une année, en retour de divers avantages consentis sans prix particulier. Ailleurs c'est une contre-lettre par laquelle on vend l'office et la maison d'habitation pour un prix de 70.000 francs mais sans ventiler la part correspondante à chacun des objets vendus, en sorte que le prix de la maison sera en définitive la différence entre le prix accepté par la chancellerie et celui de 70.000 francs. De même, on a annulé une contre-lettre par laquelle un huissier cédant son office convenait avec son successeur, qu'il continuerait à diriger la charge et travaillerait dans l'étude moyennant l'attribution de la moitié des produits bruts de l'office (D. 86.1.61).

Enfin un arrêt récent a eu à se prononcer sur une convention secrète par laquelle un notaire s'engageait envers son successeur à ne pas instrumenter pendant un temps déterminé dans le canton de son ancienne résidence, au cas où il serait nommé lui-même notaire au chef-lieu du département.

On a cependant soutenu la validité de ces contre-lettres en arguant de l'article 91 de la loi du 18 avril 1816 ainsi conçu : « Les avocats à la Cour de cassation, notaires, etc., pourront présenter à l'agrément

de Sa Majesté des successeurs pourvu qu'ils réunissent les qualités exigées par les lois. »

Ce texte emploie, dit-on, pour qualifier les faits réservés à l'examen de l'autorité, une expression qui mérite d'être notée : il parle des qualités du candidat. Le gouvernement ne peut donc contrôler la cession qu'en ce qui touche la personne des contractants. Il n'a aucun pouvoir d'appréciation sur les clauses du contrat. L'affaire en elle-même lui échappe, les parties seules tombent sous sa juridiction.

Bref sa compétence est toute personnelle.

L'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence aussi bien que le sujet précis que nous nous sommes proposés d'étudier nous permettent de ne citer qu'à titre d'exemple ces hypothèses et ces arguments qu'on ne discute plus depuis longtemps.

La loi de 1816 a été une concession absolument gracieuse de l'État qui aurait pu élever les cautionnement sans accorder le droit de présentation. Le gouvernement auquel a été réservé la nomination des titulaires puise dans sa mission même le droit d'exiger du candidat toutes les garanties nécessaires. Il ne peut remplir cette mission si tous les éléments de cession ne lui sont pas soumis.

Art. 40 de la loi de brumaire. — Nous mentionnons encore une nullité absolue de contre-lettre portée dans l'article 40 de la loi du 22 frimaire an VII sur l'enregistrement, non pas tant à cause de son in-

térêt actuel puisqu'il est universellement admis que sa durée ne fut qu'éphémère et que l'article 1321 l'a abrogé, mais parce qu'elle montre la diversité des nullités qui peuvent frapper une contre-lettre et s'opposer à sa naissance véritable.

La cause de celle-ci est purement fiscale. L'article 40 est ainsi conçu. « Toute contre-lettre faite sous seing privé qui aurait pour objet une augmentation du prix stipulé dans un acte public ou dans un acte sous seing privé précédemment enregistré est déclarée nulle et de nul effet. Néanmoins lorsque l'existence en sera constatée, il y aura lieu d'exiger à titre d'amende une somme triple du droit qui avait eu lieu sur les sommes et valeurs ainsi stipulées. »

Sans doute, il est contraire à la morale de voir deux personnes s'entendre pour éluder la loi et frauder le trésor public, mais il faut reconnaître que ce n'est pas l'immoralité des contre-lettres qui préoccupait surtout le législateur ; il cherchait uniquement à sauvegarder les droits du fisc. La punition infligée aux fraudeurs était double : perte du droit de demander le prix constaté par la contre-lettre et amende du triple de cette somme.

Mais les tribunaux et Cours d'appel répugnèrent en général à cette rigueur.

On voit en effet que la Cour de cassation maintenant seule l'application de la fiscale. Et même la nullité admise, les juges semblaient reculer devant

certaines conséquences de ses conséquences et tombaient dans des solutions injustifiables.

Ainsi un arrêt a jugé que l'article 40, n'ayant pour objet que de punir les contractants de la contravention qu'ils commettent aux droits d'enregistrement, n'est pas applicable au cas où il s'agit de l'intérêt des tiers ; qu'ainsi, bien qu'une contre-lettre constatant une augmentation de prix stipulée dans un acte public, soit nulle à l'égard du vendeur, ses créanciers peuvent exiger de l'acquéreur le supplément de prix qui y est porté. On a jugé encore que la nullité de la contre-lettre ayant pour objet d'augmenter le prix stipulé dans un acte de vente n'empêche pas que la convention reçoive son effet, si elle est constatée par un aveu et que d'ailleurs les parties l'aient déjà exécutée.

On ne saurait trop leur en faire grief.

Quelque blâmable que soit la conduite de deux personnes qui s'entendent pour frauder l'État, c'était une chose non moins blâmable de voir le législateur, guidé par un intérêt fiscal, pénétrer dans les conventions privées, les annuler au profit de l'une des parties et donner ainsi une prime à la mauvaise foi pour assurer le résultat de ses combinaisons financières. Dès l'apparition de l'article 1321, on s'est fondé sur la généralité de ses décisions pour lui faire abroger l'article 40.

§ IV. — DES CONTRE-LETTRES EN MATIÈRE
DE CONTRAT DE MARIAGE.

Le Code civil emploie encore l'expression de contre-lettre dans les articles 1396 et 1397 pour indiquer les modifications apportées à un contrat de mariage entre sa conclusion et la date du mariage, époque à laquelle il devient irrévocable et immuable.

Des contre-lettres précédemment définies elles n'ont que le nom.

En effet leur validité *inter partes* est soumise à certaines conditions de forme alors que les autres contre-lettres n'exigeaient que les conditions de fond nécessaires à la validité des contrats en général.

1° Ces contre-lettres doivent être rédigées dans la même forme que le contrat de mariage, c'est-à-dire par-devant notaire ;

2° Il faut le consentement simultané de toutes les personnes qui ont assisté au contrat, à l'exception de celles qui n'y ont participé qu'*honoris causa* sans y jouer un rôle actif.

Mais par contre, leur validité à l'égard des tiers n'est subordonnée qu'à l'accomplissement supplémentaire de certaines formalités qui sont :

1° La rédaction de la contre-lettre à la suite du contrat de mariage.

De la sorte elle fait corps dans la mesure du possible avec l'acte qu'elle modifie. Si elle était rédigée par acte séparé les personnes qui consulteraient ensuite le contrat de mariage risqueraient de ne pas connaître l'acte additionnel qui l'a modifié.

2° La transcription dans les expéditions délivrées aux tiers.

Il faut que le notaire ait soin de donner connaissance à ceux qui le consultent de l'acte principal et de sa contre-lettre à peine de « dommages et intérêts des parties » (art. 1397) et rien ne lui sera plus facile, les deux actes étant écrits à la suite l'un de l'autre.

Les tiers sont avertis et protégés par les actes de publicité exigés par la loi, et ils peuvent toujours repousser les contre-lettres lorsqu'ils en ont eu connaissance par d'autres moyens que ceux strictement établis par la loi.

Les dates d'apparition de ces contre-lettres peuvent s'espacer dans un temps compris entre la signature du contrat de mariage et la célébration du mariage et il leur manque ce caractère qui, verrons-nous, est essentiel dans les véritables contre-lettres : la simultanéité entre l'acte apparent et l'acte caché. Il leur manque encore deux traits qui, sans être essentiels, sont de rencontre courante : le caractère frauduleux et la clandestinité. Frauduleuses, elles ne le sont pas puisque toutes les modifications apportées à un con-

trat de mariage pendant le court délai où c'est possible sont qualifiées de contre-lettres. Elles ne peuvent être clandestines puisque, sous peine de ne pas exister, elles doivent être écrites à la suite du contrat de mariage.

CHAPITRE II

Origine et évolution des contre-lettres.

En présence des contre-lettres trois solutions s'offraient à l'esprit du législateur.

- 1^e Valider la contre-lettre envers et contre tous ;
- 2^e L'annuler envers et contre tous ;
- 3^e L'annuler seulement à l'égard des tiers.

C'est à cette solution illogique mais pratique que conduisit une lente évolution juridique.

Les dangers de la contre-lettre ne paraissent pas avoir frappé les jurisconsultes romains. Il se référaient à l'acte réel sans tenir compte de l'acte apparent. C'est le principe posé par Modestin dans la loi 54.

La loi 6 (D. pro donato XLI-6) contient une application de la même idée. La constitution impériale maintint cette tradition. Au Code de Justinien le titre 22 du livre II porte cette rubrique : « Plus valere quid agitur quam quod simulate concipitur. » La loi 2 prévoit l'hypothèse où un mari achetant un immeuble déclare l'acheter pour sa femme, alors que lui-

même est le véritable propriétaire. Le texte déclare en termes absolus que l'immeuble appartiendra au mari. Ses créanciers pourront exercer leur gage sur ce bien, non les créanciers de la femme.

Les Romains réprouvaient cependant ces manœuvres que leur impeccable logique ne leur permettait pas de prohiber, ainsi que le prouve une lettre de Pline le jeune (Liv. 5 epis. 1). « Ponponia Gratilla déshéritait son fils Curianus et il m'institua héritier avec Sertorius Sévère et d'autres chevaliers romains. Arrianus me pressa de vouloir bien lui donner ma part dans la succession et d'établir par là un préjugé en sa faveur contre nos cohéritiers. Mais en même temps il m'offrit de me laisser par une contre-lettre cette même portion que je lui donnerais.

Je lui répondis qu'il n'entrait pas dans mon caractère de feindre publiquement une chose et de faire secrètement l'autre. »

« Respondebam non convenire moribus meis aliud palam, aliud agere secreto. »

La doctrine romaine fut d'abord acceptée par notre ancien droit. Cujas l'expose dans ses *Paraclita in codicem* ; il faut descendre jusqu'au xvi^e siècle pour trouver trace d'une réaction contre le principe trop large du droit romain.

Elle se fit par voie jurisprudentielle.

Les origines en sont obscures ; nous en trouvons

les premières traces dans deux arrêts du Parlement de Paris rapportés par Dufresne (I, pp. 173 et 177) décidant que les contre-lettres ne sont pas opposables aux tiers.

Suivant une loi de l'évolution du droit, déjà constatée dans le développement du droit romain, avec les matériaux accumulés par la jurisprudence, les jurisconsultes édifièrent une théorie juridique. Domat l'inséra dans ses *Lois civiles* (première partie, liv. III, titre VI, section II, n^{os} 14 et 15).

« Les contre-lettres sont des actes que ceux qui traitent ensemble séparent dans leurs conventions, lorsqu'ils ne veulent pas y comprendre ce qu'ils se réservent d'expliquer par ces contre-lettres, de sorte que la contrariété entre un traité et une contre-lettre ne le détruit pas mais y apporte des restrictions ou autres changements que les parties ont voulu y faire. Ainsi, par exemple, si dans un contrat de vente, le vendeur s'oblige à garantir de toutes évictions et que par une contre-lettre l'acheteur reconnaisse qu'il consent que le vendeur ne demeure garant que de ses faits et promesses, la contrariété de ces deux conventions n'aura pas l'effet d'annuler l'une et l'autre, car on voit que l'intention des parties est que le contrat subsiste avec la condition réglée par la contre-lettre. Ainsi celui qui, s'obligeant pour une somme, prend une déclaration du créancier que l'obligation n'aura son effet que pour la moitié, n'en devra que

ce qui aura été convenu par cet autre écrit. Et quoique les contre-lettres soient de la même date que les actes qu'on y explique et qu'on y change, elles sont considérées comme une seconde volonté qui révoque la première où qui y déroge.

« 15. — La règle expliquée dans l'article précédent ne doit pas s'entendre indistinctement de toute sorte de contre-lettres, mais elle est bornée à celles qui peuvent avoir leurs effets entre les contractants sans blesser l'intérêt d'aucune autre tierce personne.

« Et les contre-lettres et tous les actes secrets qui dérogent aux contrats ou qui apportent quelque changement, n'ont aucun effet à l'égard des personnes tierces dont l'intérêt y serait blessé.

« Ainsi, par exemple, si un père mariant son fils lui donnait en faveur de ce mariage ou une somme d'argent, ou une terre, ou une charge, prenant de lui une contre-lettre que le don ne vaudrait que pour une moindre somme, ou que le fils rendrait sur la terre ou sur la charge quelque somme dont ils seraient convenus entre eux, cette contre-lettre n'aurait aucun effet à l'égard de la femme et des enfants qui naîtraient de ce mariage, ni des autres personnes tierces qui pourraient s'y trouver intéressées comme des créanciers de ce fils. Car cette convention serait une infidélité qui blesserait les bonnes mœurs et la foi due, non seulement à la femme et à ses parents qui n'auraient pas consenti au mariage avec les conditions

de cette contre-lettre, mais à toutes les personnes que cette fraude pourrait regarder. Et il est de l'intérêt public de réprimer le mauvais usage que peuvent faire les particuliers de la facilité qu'ils ont dans leurs familles de colluder entre eux pour tromper par de pareils actes. »

Le danger des contre-lettres venant de leur clandestinité, les mesures rigoureuses prises à leur égard étaient levées quand les tiers avaient un moyen jugé suffisant d'en connaître l'existence. C'était lorsqu'elles avaient revêtu la forme qui dans l'ancien droit assurait la plus grande publicité, celle de l'acte notarié ou bien quand elles étaient reconnues en justice.

Ainsi s'exprime Denizart : « Les contre-lettres, pour pouvoir être opposées à des tiers, doivent être passées devant notaire ou reconnues en justice et il doit en rester minute sans quoi elles ne peuvent produire d'effet contre eux. »

CHAPITRE III

Les contre-lettres dans le droit civil

§ I. — CARACTÈRES ESSENTIELS.

Ces idées sont abandonnées par notre droit moderne. On ne distingue plus entre les contre-lettres constatées par un acte notarié et celles prouvées par un acte sous seing privé.

Si des auteurs et des magistrats font encore de la clandestinité une condition nécessaire à l'existence des contre-lettres, cette clandestinité s'apprécie relativement à chaque intéressé, d'une manière subjective, mais non plus d'une manière objective et générale.

Peut-être cet abandon est-il le résultat d'une conception plus saine, très combattue cependant, de la notion des contre-lettres.

Il est très vrai que la nocivité des contre-lettres vient de leur clandestinité, mais les lois se règlent-elles toujours et exclusivement sur l'effet nocif d'une action pour en défendre l'accomplissement ? Du fait brutal elles remontent parfois, comme les morales

supérieures, à celui qui en est cause et réprouvent la volition aussi bien que sa réalisation. Ainsi le droit pénal punit la tentative de meurtre au même degré que le meurtre lui-même. Les contre-lettres mêmes connues des intéressés n'en constituent pas moins une manœuvre frauduleuse. Elles sont un danger permanent pour les tiers qui peuvent n'en devoir la connaissance qu'à des circonstances fortuites et inespérées.

La contre-lettre qui n'a produit aucun résultat fâcheux n'en demeure pas moins une chose condamnable car l'intention de frauder a seule présidé à sa naissance (1).

Le véritable caractère de la contre lettre n'est pas d'être un contrat clandestin, encore que ce soit sa forme habituelle, au point que dans le cours de ce travail nous nous réservons d'employer couramment ces deux expressions. C'est avant tout une convention réelle conclue en même temps qu'une convention fictive et inexistante.

Domat semble passer ce caractère sous silence. Il ne dit pas que la première convention n'a jamais été sérieuse dans l'intention des parties. On a pensé en conclure que l'ancien droit prohibait à l'égard des tiers sous le nom de contre-lettres même les modi-

1. Elle vivra cependant en paix ; le ministère public ne requiert pas dans ces sortes d'affaires et l'intérêt des particuliers peut seul leur faire obtenir une action : « Pas d'intérêt, pas d'action ».

fications sérieuses mais secrètes apportées à un contrat préexistant. Quelle qu'ait été la pensée profonde de Domat, en pensant ainsi il était en communauté d'idée avec les jurisconsultes de son temps qui donnaient à la contre-lettre notariée effet à l'égard des tiers et attribuaient grande importance à la publicité et à la clandestinité des conventions.

La contre-lettre, avons-nous dit, plutôt qu'un contrat clandestin est un contrat frauduleux destiné à tromper les tiers (1). On parle quelquefois cependant des contre-lettres non frauduleuses. Demolombe en cite l'exemple suivant :

« C'est, par exemple, dit-il (tome XXIX, n° 317) un père qui veut, par des motifs légitimes, comme il en existe parfois dans les familles, avantager l'un de ses enfants sans dépasser la quotité disponible ; mais dans la crainte que cet avantage n'excite la jalousie

1. Bigot-Préameneu a dit dans l'exposé des motifs de l'article 1321 : « Les contractants peuvent modifier ou révoquer à leur gré leur obligation, mais le plus souvent lorsqu'ils reviennent ainsi sur leurs engagements, et surtout lorsque *c'est dans le même temps où ils ont été formés* il y a une intention coupable, celle de tromper les tierces personnes par un acte qui est en apparence sérieux. Ce n'est pas un motif pour défendre en général et sans distinction les contre-lettres les contractants peuvent résoudre ou révoquer leurs engagements comme ils peuvent les former. Le droit naturel des contractants et celui des tierces personnes sont maintenus en déclarant que les contre-lettres n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes et ne peuvent être opposées aux tiers. »

des autres et ne trouble le bon accord de sa maison il emploie l'expédient d'une contre-lettre pour dissimuler sa libéralité. Qui pourrait blâmer ce vœu du père de famille et le moyen auquel il y a recours pour l'accomplir. Ce moyen, est-ce que la jurisprudence actuelle ne le justifie pas elle-même, en admettant la validité, jusqu'à concurrence de la quotité disponible, des donations déguisées sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux. »

L'hypothèse dont parle Demolombe peut se réaliser de la manière suivante : le père de famille vend par un acte public la chose à un tiers et en même temps, un acte secret déclare que ce tiers n'est qu'une personne interposée chargée de remettre gratuitement la chose à l'héritier.

La contre-lettre n'est peut-être pas blâmable en ce qu'elle avantage l'un des enfants, mais n'empêche que, si le tiers a des créanciers, ils pourront se plaindre d'être dupés par l'apparente richesse que procure à leur débiteur sa qualité d'intermédiaire, user de l'article 1321 et saisir comme leur gage le bien destiné à l'enfant préféré... Les intentions du père de famille étaient peut-être excellentes ; c'est le moyen employé pour les réaliser qu'est défectueux.

Que l'auteur de la contre-lettre ait ou n'ait pas eu l'intention de duper ses créanciers, l'article 1321, par la généralité de sa rédaction, autorise les tiers à présumer l'existence de cette intention frauduleuse.

Pour qu'une contre-lettre ne soit pas frauduleuse, il faut qu'il n'y ait pas de tiers. C'est précisément le cas dans l'exemple cité par Demolombe à titre d'argument. Il semble bien n'y mettre en présence que des héritiers réservataires, qui sont des ayants cause à titre universel et n'ont nullement la qualité de tiers.

De ce que la contre-lettre est toujours frauduleuse ou présumée l'être, il ne s'en suit pas que les conditions d'exercice de l'action qui les combat soient les mêmes que celles exigées pour l'action Paulienne. D'autres facteurs interviennent pour différencier ces deux actions.

Nous aurons en comparant l'action Paulienne et l'action de l'article 1321, l'occasion de signaler ces différences.

Deux conditions sont exigées pour l'exercice de l'action Paulienne :

- 1° L'acte doit avoir causé un préjudice au créancier ;
- 2° Ce préjudice doit avoir été commis frauduleusement par le débiteur.

La première de ces conditions, peu difficile à remplir, est aussi exigée pour l'action en déclaration de simulation. La seconde ne se pose même pas, la contre-lettre étant, selon nous, nécessairement frauduleuse ou présumée l'être.

Ceci soit dit pour ceux qui penseraient que les tiers ne peuvent user de l'article 1321 que s'ils prouvent qu'ils ont été intentionnellement fraudés par une

contre-lettre. L'exercice de l'action en simulation se rapprocherait alors singulièrement de celui de l'action Paulienne.

§ II. — INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 1321

La contre-lettre est-elle un contrat ou un mode de preuve ?

Nous avons toujours admis jusqu'à présent que la contre-lettre était un contrat modifiant une autre convention mais qui, pour certaines raisons, n'est pas opposable au tiers.

C'est peut-être une opinion incontestable mais non pas incontestée. On a discuté sur la question de savoir s'il faut appliquer ce terme à la convention même ou à l'écrit qui la constate ; s'il faut entendre l'expression de contre-lettre au sens strict et matériel du mot ou dans le sens juridique de contrat.

Au premier cas la contre-lettre ne serait plus un contrat clandestin prouvant l'existence d'une simulation, mais la preuve de ce contrat caché. Si l'on adopte cette doctrine, le contrat secret est opposable au tiers. Seulement les parties contractantes ne peuvent pas se servir d'un écrit, entendez d'une contre-lettre, pour en prouver l'existence car ce serait le rendre inopposable à l'égard des tiers.

Un contrat secret prouvé par tout autre mode de

preuve, aveu de la partie, serment déferé par elle ou déferé par le juge à la partie adverse et référé par celle-ci, preuve testimoniale corroborée par un commencement de preuve par écrit, est opposable aux tiers ; il ne l'est pas s'il est prouvé par écrit.

Un tel système pourrait cependant aboutir à protéger les tiers, car c'est souvent rendre pratiquement impossible la preuve d'une contre-lettre que d'en prohiber la preuve écrite, surtout si l'on applique l'article 1341 qui l'exige pour tout contrat dont l'objet a une valeur supérieure à 150 francs.

Un contrat prouvé jusqu'à l'évidence ne sera pas réputé prouvé à l'égard de certaines personnes parce qu'il ne l'aura pas été selon les formes voulues.

Or le législateur a maintes fois prouvé son désir d'éviter ces contradictions dans les preuves. C'est dans la crainte de preuves et de jugements contradictoires qu'il a ordonné que l'action civile soit suspendue jusqu'au jugement sur l'action criminelle, d'où l'adage : « Le criminel tient le civil en état. »

Si défendre l'emploi de la preuve écrite, c'est entraver la preuve d'un contrat nuisible, c'est aussi faciliter les erreurs, les équivoques, et le législateur si favorable d'ordinaire à la preuve écrite lui préférerait ici une preuve multiple de forme et d'une valeur toujours problématique.

C'est ce que fait remarquer avec beaucoup de justesse la Cour de Caen dans un arrêt du 17 mai 1853

(S. 1874, II, 46). « Il est inadmissible, dit-elle, que si la preuve de la simulation était admise contre les tiers le législateur eût écarté la preuve écrite pour lui préférer la preuve beaucoup plus douteuse résultant de présomptions jointes à un commencement de preuve par écrit ».

On invoque en faveur de cette opinion extraordinaire la place occupée par l'article 1321 dans la matière des preuves. Mais si l'on invoque un argument de texte, il faut en tirer toutes les conséquences. L'article 1321 est rangé dans la section qui traite du titre authentique. Si donc il faut s'attacher à la place d'un texte pour en déterminer le sens, l'article 1321 ne frapperait les contre-lettres qu'autant qu'elles modifieraient des actes authentiques ; quant à celles qui s'attaquent aux actes sous seing privé, elles resteraient sous l'empire du droit commun, et seraient opposables aux tiers.

§ III. — PLACE OCCUPÉE DANS LE CODE PAR L'ARTICLE 1321.

Cette solution n'est défendue par personne. Elle contredit les textes de l'ancien droit français et méconnaît l'esprit du législateur de 1804, soit en restreignant à une hypothèse unique une protection qu'il a voulue générale, soit en aggravant la différence qui sépare l'acte authentique de l'acte sous seing privé.

On peut expliquer autrement et l'origine de l'expression contre-lettre et la place occupée par l'article 1321 dans notre Code civil.

Avant la Révolution le mot lettres désignait toutes sortes d'actes publics ; on disait des lettres de rescision, des lettres royales. Devant le tribunal du Châtelet on disait « donner lettre ». On employait cette expression-là où nous disons donner acte. Un acte notarié n'est-il pas un acte public ?

Encore maintenant notre langue juridique usuelle qualifie d'actes publics les actes notariés parce qu'ils émanent d'officiers publics et bien que la publicité ne soit pas leur caractère dominant.

Or dans l'ancien droit les actes notariés ou lettres étaient opposables aux tiers ; on passait donc autant que possible en cette forme les contrats secrets et l'on rédigeait des lettres contre la teneur d'une autre convention écrite ou non. On est d'autant plus porté à croire que par l'expression de contre-lettre, le législateur a entendu désigner les actes notariés, que ces actes revêtent toujours la forme écrite, celle d'une lettre.

La « lettre », ce n'est pas l'acte apparent, mais l'acte secret. La convention cachée n'est pas faite contre la lettre d'une première convention qui peut n'être pas rédigée. C'est elle-même qui est la « lettre » ou acte notarié. Peut-être ne devrait-on pas dire contre-lettre mais lettre contre... la teneur du contrat apparent,

Du reste on peut trouver dans notre langue française des cas où contre, employé comme préfixe, n'a pas pour but d'exprimer une opposition avec le substantif qui le suit : contre-danse n'exprime pas l'idée de quelque chose opposé à la danse et l'expression contre-temps indique bien l'idée d'un moment contraire à l'accomplissement d'une action quelconque mais nullement une annihilation du temps.

Si l'on explique ainsi l'origine de l'expression contre-lettre, la place occupée par l'article 1321 dans le paragraphe du Code civil qui traite de la valeur probante du titre authentique devient *rationnelle*.

Avec l'apparition du nouveau Code s'est évanouie la faveur faite jadis à l'acte notarié. Il n'est pas plus opposable aux tiers que l'acte sous seing privé. Au moment où les auteurs du Code traitaient de la force probante des actes authentiques, ils ont jugé nécessaire de consacrer à cette place, d'une manière spéciale, cette dérogation remarquable aux principes de l'ancien droit qui étaient encore présents à tous les esprits.

§ IV. — QUI PEUT INVOQUER L'ARTICLE 1321.

La loi dit simplement que la contre-lettre est sans effet à l'égard des tiers. Entend-elle limiter les droits des tiers à la demande de cette nullité, validant ainsi l'acte apparent, ou leur permet-elle, s'ils prouvent la

simulation, de se prévaloir de la contre-lettre et de repousser l'application de l'acte apparent.

Primus vend fictivement son bien à Secundus ; ils rédigent une contre-lettre pour constater cette fictivité. Pour les créanciers de Primus il importe que la contre-lettre produise effet car elle ramène en tout ou en partie dans le patrimoine de leur débiteur, selon que la simulation est totale ou partielle, le bien qui en était sorti. Les créanciers de Secundus désirent au contraire la nullité de la contre-lettre, puisque la convention apparente enrichit leur débiteur et leur intérêt est conforme à la lettre du Code. D'une façon générale les créanciers désireront la survivance de l'acte qui enrichit leur débiteur. Les tiers peuvent à leur gré et au mieux de leurs intérêts demander l'application de l'une ou de l'autre des deux conventions.

Pour obtenir ce résultat, les seconds n'ont que l'article 1321 tandis que les premiers ont la ressource de l'action Paulienne pour faire tomber l'acte incriminé s'ils prouvent qu'il a été passé pour leur faire fraude, et l'action oblique de l'article 1166, pour exercer l'action de leur débiteur et demander l'exécution de la contre-lettre.

L'action Paulienne est même leur unique ressource, s'ils ne parviennent pas à prouver l'existence de la simulation. Ce n'est pas toujours chose facile. La vente fictive n'est pas présentée comme telle aux créanciers

de Primus. Elle a toutes les apparences d'une vente véritable, et si le créancier emploie l'action Paulienne, plus difficile dans son exercice que l'action de simulation, c'est évidemment qu'il n'a pu prouver la fictivité de la vente.

On peut objecter que l'action Paulienne est ouverte contre des actes réels d'appauvrissements, et réellement Primus peut, au milieu de toutes ces manœuvres occultes, ne s'être pas appauvri si la contre-lettre remet toutes choses dans le *statu quo*. Mais il peut arriver qu'une partie seulement du bien vendu soit restitué sous forme d'une contre-lettre et, puisque la fictivité de la vente n'est pas prouvée, il n'y a pas lieu d'en tenir compte. N'existe devant les tribunaux que ce qui est prouvé.

L'acheteur fictif sera tenu pour le propriétaire véritable jusqu'à preuve du contraire et l'action Paulienne est ouverte contre lui.

L'action de l'article 1321 est réservée aux créanciers de l'acheteur apparent pour qui l'acte nuisible est la contre-lettre. Les autres tiers, les créanciers du vendeur apparent n'en ont pas besoin. D'autres voies leur sont ouvertes. On comprend dès lors la rédaction de l'article 1321 qui ne semble protéger qu'une catégorie de tiers. Elle semble inexplicable au premier abord car il est aussi fréquent, si ce n'est plus, de voir un débiteur vendre fictivement son bien pour le soustraire aux poursuites de ses créanciers,

qu'un débiteur s'enrichir fictivement dans le but d'emprunter, car on ne prête qu'aux riches.

§ V. — DE LA FORME DES CONTRE-LETTRES.

Les contrats sont formés par l'accord de deux volontés, par une manifestation purement intellectuelle de la pensée émise par une personne et dont les conséquences sont acceptées par une autre.

Jusqu'à l'apparition du Code civil le droit, dans son évolution, a toujours tendu à attacher moins d'effet aux formes des actes pour donner une plus grande importance aux règles de fond. Une légère réaction est perceptible de nos jours, causée par la complexité croissante des relations juridiques ; elle s'est manifestée par l'apparition de la loi de 1855 sur la transcription et pas d'autres plus récentes sur les warrants agricoles et commerciaux ; mais elle n'a pénétré jusqu'à présent que le domaine des droits réels.

Nous sommes éloignés pour les droits personnels d'un retour aux règles formalistes.

Les contre-lettres, étant une convention secrète, ont suivi le droit des contrats et ne doivent être assujetties à aucune forme. La forme notariée leur donnait efficacité dans l'ancien droit ; elle n'a plus ce pouvoir ; ce sont des contrats qui existent et se prouvent comme les autres contrats.

A ne lire que les définitions que d'excellents auteurs ont données des contre-lettres, on pourrait avoir des doutes sur ce point.

M. Aubry et Rau définissent la contre-lettre : « *Un écrit destiné la plus souvent à rester secret par lequel les signataires déclarent que les conventions ou déclarations consignées dans un autre acte passé entre eux ne sont pas sérieuses ou qu'elles ont eu lieu sous certaines clauses ou conditions qui ne sont pas énoncées dans cet acte, et rétractent ainsi ou modifient ces conventions ou déclarations.* »

« Ce qui caractérise la contre-lettre, ajoutent-ils, c'est qu'elle a pour objet de *constater* soit la simulation totale ou partielle de l'acte auquel elle se réfère, soit les clauses ou conditions qui ne sont pas exprimées dans cet acte. »

Aussi préférons-nous à ce point de vue la définition qu'en donne de Plasman : « Une contre-lettre est une obligation qui doit rester secrète pendant plus ou moins longtemps et qui sert à modifier une obligation ostensible et simulée. »

C'est la notion moderne du contrat, combien plus souple et plus large que celle des législations anciennes où la pensée devait se matérialiser en passant dans des moules peu variés dont l'emploi constituait le formalisme.

Mais de quelles compensations en certitude, clarté, sécurité, était-on payé de retour. Par la *mancipatio*

un contrat était à la fois formé, prouvé et prêt à être exécuté. Avec notre système, un abîme s'est creusé entre le contrat et sa preuve : un contrat conclu n'est pas un contrat prouvé.

La question de la preuve des contrats a gagné en importance tout ce qu'avait perdu celle de leur formation et le formalisme a reparu, non plus dans la formation du contrat mais dans l'administration de sa preuve. N'est-ce pas du formalisme que ces règles étroites et minutieuses de notre vieux droit français sur la valeur probante des témoignages d'après la quantité des témoins et leur qualité ?

Toutes ces règles n'ont pas sombré dans la tourmente révolutionnaire, témoin les deux règles posées par l'article 1341.

1° « Il doit être passé acte devant notaire ou sous signature privée de toutes choses excédant la somme ou valeur de 150 francs. »

2° « Et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant lors ou depuis les actes encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 150 francs. »

Il en résulte :

1° Que les parties rédigeront leur contrat secret ou s'en réserveront un commencement de preuve par écrit toutes les fois que son objet aura une valeur de 150 francs, à moins qu'elles se fient complètement

à la bonne foi de leur co-contractant et qu'elles rejettent toute idée d'exécution judiciaire. Une obligation civile dépourvue de preuve n'est guère plus efficace qu'une obligation naturelle.

2° Que la convention secrète devra être écrite toutes les fois que l'acte ostensible l'aura été, même si sa valeur était moindre de 150 francs.

Les contractants qui ont adopté la forme écrite ressemblent au citoyen romain qui, ayant une fois testé, ne pouvait que faire un autre testament sans jamais pouvoir redevenir intestat. Si les parties ne rédigent plus leurs contrats pour les former, elles le font pour les prouver. Ceci vaudrait cela si l'article 1341 ne comportait quelques exceptions mentionnées dans l'article 1348.

Mais rien n'empêche une contre-lettre sous seing privé d'annuler ou de modifier un contrat apparent revêtu de la forme authentique ou notariée.

Il pourrait en être autrement des contrats solennels, mais il ne faut pas confondre l'authenticité et la solennité. Si les quelques contrats solennels ou formalistes qui subsistent dans notre droit français revêtent toujours la forme authentique, tous les contrats authentiques ne sont pas solennels.

Les contrats authentiques peuvent être détruits par l'expression d'une volonté contraire. Ce qui les distingue des autres contrats est qu'en cas de contesta-

tion sur leur existence ou leur modalité, soit entre les parties soit à l'égard des tiers, ils font foi jusqu'à inscription de faux pour certaines de leurs énonciations qui sont l'existence matérielle des faits que l'officier public y a énoncés comme les ayant accomplis lui-même ou comme s'étant passés en sa présence dans l'exercice de ses fonctions. Pour les autres énonciations le fardeau de la preuve est seulement renversé. La foi qui est attachée aux actes authentiques, en ce qui concerne la réalité et la sincérité des faits juridiques qu'ils constatent, leur est bien due, non jusqu'à inscription de faux, mais jusqu'à preuve du contraire, preuve qui demeure soumise, quant à son administration, aux formalités exigées dans l'article 1341.

Elle ne fait point obstacle à ce que les conventions, dispositions ou déclarations qu'ils contiennent puissent être accusées de simulation soit par des tiers, soit même par l'une des parties.

La situation ne changerait pas si la contre-lettre elle-même était revêtue de la forme notariée.

Le problème de la modification des contrats solennels manque d'éléments suffisants pour être agité utilement dans notre droit français. En mettant à part les hypothèques qui ne sont que des contrats de garantie, il ne reste comme contrats solennels, dans notre droit français, que les donations et le contrat de mariage.

Or les premières sont en principes irrévocables et

le contrat de mariage ne peut se muer qu'en une inévitable séparation de biens. Un contrat de mariage peut être modifié par contre-lettre pendant la période comprise entre la rédaction du contrat et la célébration du mariage, et nous avons vu à quel régime spécial étaient soumises ces conventions. Elle n'ont de contre-lettre que le nom.

Tout ceci n'est que de la théorie, car dans la pratique les contre-lettres sont écrites, ainsi que l'indique le nom dévolu à ces sortes de contrats.

C'est en considération de ces réalités que d'éminents auteurs comme MM. Aubry et Rau ont pu les qualifier « d'écrits par lesquels les signataires déclarent que les conventions ou déclarations consignées dans un autre acte passé entre eux ne sont pas sérieuses », ou bien « d'actes secrets » comme Denizart et Demolombe, ce qui revient au même.

Toute simulation conventionnelle suppose une contre-lettre, c'est-à-dire un contrat qui rétablit la vérité, mais si cette convention n'existe que dans la pensée de ses auteurs et ne revêt pas les formes exigées pour que sa preuve puisse en être faite entre les parties, autant dire qu'elle n'existe pas.

D'autre part si les parties ne peuvent prouver l'existence de la contre-lettre, elles risquent de se trouver prises dans leur propre piège. L'un des contractants peut se trouver contraint par la mauvaise

foi de son partenaire à exécuter un contrat désavantageux qui aurait été passé pour la forme.

A ces maux la contre-lettre écrite apporte le remède. Elle prouve que le contrat apparent n'est pas réel et le fait disparaître devant le contrat caché.

CHAPITRE II

Rapports de la contre lettre et de la simulation

§ I. — PEUT-IL Y AVOIR SIMULATION SANS CONTRE-LETTRE ?

Il a été publié des études sur la contre-lettre et d'autres sur la simulation.

Elles ne se superposent pas généralement les unes les autres. La science du droit est tellement complexe, les points de vue sont si variés que deux jurisconsultes peuvent traiter le même sujet sans se répéter. Mais du fond ces études sont-elles superposables ?

En d'autres termes l'étude de la simulation et celle des contre-lettres forment-elles deux sujets différents ou sont-elles deux phases nécessairement liées l'une à l'autre d'une même opération.

Peut-il y avoir simulation sans contre-lettre ou contre-lettre sans simulation ?

Les auteurs de traités généraux traitent généralement ces deux questions à des pages différentes (Aubry et Rau, Demolombe par exemple). D'autres comme M. Planiol n'en font qu'un même chapitre.

Parmi les monographies, les unes ont pour titre : des contre-lettres ; les autres : de la simulation ; dans la plupart on trouve des choses différentes.

Faut-il en accuser la richesse et la complexité des questions de droit ou la diversité des sujets ?

Nous nous efforcerons dans ce chapitre de montrer quelles questions différentes soulèvent l'étude de la simulation et celle des contre-lettres et jusqu'à quel point coexistent ces deux notions qui ne sont pas nécessairement liées l'une à l'autre.

S'il peut y avoir simulation sans contre-lettre, il n'y a pas de contre-lettre sans simulation et, s'il n'était pas incorrect dans une étude de droit pur de subordonner et de classer les faits juridiques d'après leur fréquence d'application, nous pourrions dire que la théorie de la contre-lettre n'est qu'une face, une dépendance, un postulat de la théorie de la simulation.

Et pourtant ! l'acte simulé, auquel ne s'oppose pas un acte réel, est-il vraiment un acte simulé ? On ne peut concevoir une chose fictive si on n'a pas l'idée de quelque chose de réel qui s'en distingue.

Si nous n'avions que des hallucinations nous les prendrions pour la vérité.

En ce sens il ne semble pas qu'il puisse y avoir simulation sans contre-lettre ni contre-lettre sans simulation. Pour trouver le contraire peut-être suffit-il de s'entendre sur le sens des mots.

Nous avons jusqu'à présent admis l'existence des contre-lettres dans leur forme la plus immatérielle à l'état de simple échange de volonté. C'est assez pour qu'elles produisent tous les effets prévus par l'article 1321.

Cependant, les contre-lettres sont généralement écrites.

Les règles du Code sur la matière des preuves aussi bien que l'utilité des contractants font de la forme écrite le vêtement habituel des contrats clandestins, à tel point qu'une contre-lettre non écrite peut souvent être considérée comme inexistante faute de pouvoir être prouvée et invoquée utilement devant les tribunaux.

Qu'on réserve le nom de contre-lettre à des contrats clandestins rédigés et il devient possible, dans une opinion toute opposée à celle que nous venons d'énoncer, d'appeler simulation sans contre-lettre celle qui est accompagnée d'un contrat simulé non revêtu de la forme écrite et non invocable devant les tribunaux.

Encore une fois peut-il y avoir simulation sans contre-lettre ?

Oui et non, selon le sens que l'on donne à cette dernière expression.

Non, si nous lui attribuons le sens général, juridiquement le vrai, de contrat, de convention. Une convention simulée étant une convention fictive quant

à sa nature ou à la valeur de son objet, suppose derrière elle une convention réelle. On ne peut concevoir une chose fictive si l'on n'a pas l'idée de quelque chose de réel qui s'en distingue.

Oui, si par contre-lettre nous entendons la forme que revêt constamment cette convention : un acte écrit.

C'est la forme qu'elle doit revêtir pour exister à l'égard des parties contractantes ; or comme la contre-lettre est une convention que les parties font dans leur intérêt particulier pour prévenir la mauvaise foi de l'une d'elles qui pourrait demander l'exécution du contrat simulé, on peut dire qu'elle n'existe pas, qu'il y a simulation sans contre-lettre, lorsque cette dernière ne revêt pas la forme qui lui donne une existence légitime. Les tiers pourront prouver une simulation et du succès de leurs assertions ressortira l'existence de deux conventions, l'une réelle, l'autre fictive, mais il n'y aura pas de contre-lettre au sens étymologique du mot, *et dans la forme où on la rencontre ordinairement.*

On pourra objecter : mais comment concevoir une simulation dont la preuve ne peut être faite parce que la contre-lettre qui le permettait n'a pas revêtu les formes exigées par la loi. N'est-ce pas supprimer la simulation elle-même.

Il n'en est rien, car la portée de l'article 1341 est restreinte aux rapports des parties entre elles.

C'était déjà l'opinion de Pothier (des oblig. n° 800,

cité par Laurent (t. XIX, p. 92). « Il est à observer, dit-il, que la défense de la preuve testimoniale outre et contre le contenu aux actes ne regarde que les personnes qui y ont été parties, lesquelles doivent s'imputer d'y avoir laissé comprendre ce qui y est compris et de ne s'être pas fait donner une contre-lettre ou d'avoir omis une chose qui devait y être mentionnée ; mais cette défense ne peut concerner les tiers, en fraude desquels on pouvait énoncer dans les actes des choses contraires à la vérité de ce qui s'est passé. »

On ne peut pas dire des tiers ce que nous venons de dire des parties, on ne peut pas leur reprocher de ne pas s'être procuré une preuve littérale puisque cela n'a pas été en leur pouvoir. Les tiers peuvent donc toujours invoquer l'exception que l'article 1348 fait à l'exigence de la preuve testimoniale. Ce sont des personnes auxquelles il n'a pas été possible de se procurer une preuve écrite du fait qu'ils allèguent. S'il s'agissait de l'action Paulienne on pourrait ajouter que la fraude étant un délit n'est pas soumise à la nécessité d'une preuve écrite ; chose si naturelle, puisqu'il s'agit de la preuve de faits purs et simples et non pas d'actes juridiques, que les auteurs du Code n'ont pas jugé utile de l'indiquer expressément dans l'article 1348.

Pour l'action de l'article 1321 la chose n'est pas si évidente. L'action est bien fondée sur une présomption de fraude ; c'est, verrons-nous, quant à son

mode d'exercice une action délictuelle, mais le délit résulte de la preuve d'un contrat, la contre-lettre.

Le caractère délictuel doit-il l'emporter, et faire oublier les règles édictées pour la preuve des conventions ? Cette question n'a qu'un intérêt théorique puisque les tiers ont déjà des raisons suffisantes pour se passer de preuves écrites.

Dans le même ordre d'idées, on pourra appeler simulation sans contre-lettre la simulation dirigée contre la loi, destinée par exemple à faire parvenir à une personne incapable de recevoir une donation déguisée sous la forme d'une vente. La contre-lettre existe mais est frappée de nullité absolue.

Est-ce à dire que les parties par suite de la nullité de l'acte rectificatif sont obligés d'exécuter l'acte apparent ? Nullement, il n'a pas été voulu des parties, il est inexistant et l'article 1321 qui prive la contre-lettre d'effets à l'égard des tiers n'indique pas que l'acte apparent ait jamais quelque valeur.

Dans cette hypothèse, la simulation sera prouvée ; pour prouver la simulation, il faut fatalement prouver l'existence d'un contrat véridique différent, c'est-à-dire d'une contre-lettre, mais cette contre-lettre ne produira même pas d'effets entre les parties contractantes, sera comme inexistante ; en ce sens il y aura simulation sans contre-lettre (1). Les parties échan-

1. Si la contre-lettre annihilait totalement l'acte apparent il impor-

geront deux contrats sans résultat, lorsque leur contre-lettre sera frappée d'une nullité absolue ou ne pourra être invoquée en justice faute d'avoir revêtue les formes prescrites par la loi.

On peut encore découvrir des cas de simulation sans contre-lettre si l'on veut bien appeler de ce nom tout acte dans lequel une personne prend une situation autre que celle qu'elle a réellement.

Deviendront alors actes simulés, les agissements d'un propriétaire apparent, de l'héritier apparent, etc.

Il est inconcevable qu'une contre-lettre puisse les accompagner ; ils n'ont pas d'origine contractuelle, or la contre-lettre est une convention qui en modifie une autre. De simulation contractuelle, c'est-à-dire concertée entre deux personnes en vue de tourner la loi ou de frauder les tiers, nous ne croyons pas qu'il puisse en exister sans l'accompagnement nécessaire d'une contre-lettre. Celle-ci existe toujours valable ou non, écrite ou non, soit dans la forme d'un contrat soit sous celle d'un acte qui en tient lieu.

Deux personnes s'entendent pour dissimuler une donation sous la forme d'une vente. Pour ce faire, un

tera peu aux contractants qu'elle soit attaquée victorieusement par les tiers ou annulée par la loi. Mais si ses effets contradictoires n'étaient que partiels ou de nature différente, les contractants perdent les avantages qu'une survivance même amoindrie de l'acte apparent pouvait leur procurer.

acte de vente est passé, puis quittance du prix est donné avant tout paiement.

Il n'y a eu qu'un contrat réellement passé mais la contre-lettre existe cependant à l'état intellectuel et le quittus donné en trahit la présence. Il faut nécessairement une contre-lettre pour que la transmission d'une chose par l'effet de la vente, qui consiste essentiellement dans la livraison d'un objet et le paiement en retour d'une somme d'argent, puisse s'accomplir sans l'exécution de l'une de ces deux conditions.

Une vente peut aussi être cachée sous la forme d'une transaction; un échange convenablement dosé dans la valeur des objets échangés peut éviter et dissimuler un partage. Ces simulations peuvent n'être pour les parties qu'un moyen plus commode de régler une opération sans qu'elles aient aucune pensée de fraude contre la loi ou contre les tiers.

Voilà, dira-t-on, des cas où la simulation est née d'un contrat, où les tiers n'ont rien à prétendre, où il n'y a pas de contre-lettre.

Nous pensons que ce n'est pas la contre-lettre qui manque à la simulation mais l'intérêt des tiers qui manque à la contre-lettre pour que cette dernière puisse être invoquée et se manifester.

Qu'importe aux créanciers qu'un acte ait été fait sous telle ou telle forme si le résultat pécuniaire demeure identique. C'est le cas pour les hypothèses que nous avons posées, mais si la transaction ou l'é-

change n'avaient pas eu lieu sur le pied des obligations réellement existantes entre les contractants, nous pensons que les tiers pourraient réclamer selon leur intérêt et celui de leurs débiteurs, soit l'exécution stricte des obligations réelles, soit l'exécution de l'acte simulé.

§ II. — VALIDITÉ DE LA SIMULATION.

Avec un travail sur la simulation cadre l'étude de la validité de la simulation en elle-même.

Toute disposition ou convention dont l'effet peut être atteint, soit au moyen d'un acte qui indique sa véritable nature, soit à l'aide d'un acte qui la présente sous la forme d'une disposition ou convention d'une autre espèce est-elle susceptible d'être indifféremment faite ou conclue dans l'une ou l'autre de ces formes ?

Oui, sans aucun doute, la simulation employée par le disposant ou par le contractant pour déguiser sous une fausse apparence ce qu'ils ont voulu faire en réalité, n'est point en général une cause de nullité, à la condition qu'on ne la confonde pas avec des phénomènes juridiques distincts comme le dol ou la fraude prévue par l'article 1167. Quel que soit le motif qui a inspiré la partie, le résultat qu'elles ont obtenu, la forme qu'elles ont adoptée, la simulation est

un phénomène juridique spécial qu'il importe d'individualiser.

Pour le distinguer du dol, il suffit de rappeler la définition demeurée exacte qu'en donnaient les jurisconsultes romains. *Ommis callidatio, fallacii machinatio ad circumveniensdum decipiendum, fallandum alterum adhibita*. Le dol altère le consentement et vicie d'ordinaire l'acte juridique qu'il a inspiré ; la simulation, au contraire, n'altère jamais le consentement ; elle est le résultat de la libre volonté de toutes les parties.

Une autre différence a été signalée un peu inexactement par Denisart. « La simulation dit-il est si ressemblante au dol qu'elle n'en diffère qu'en ce que le dol personnel n'est ordinairement que l'ouvrage de l'un des contractants, au lieu que la simulation est presque toujours l'ouvrage de plusieurs. » Il aurait pu être plus affirmatif et dire que la simulation est toujours l'œuvre commune des parties. Le dol est nécessairement l'œuvre exclusive de l'une ou de chacune d'elles. On comprend en effet qu'il puisse dans une convention se rencontrer deux dols simultanés et réciproques, mais on ne comprend pas que le dol, qui par définition est une manœuvre employée par l'une des parties en vue de tromper l'autre, fut l'œuvre commune des contractants.

La simulation se distingue également de la fraude prévue par l'article 1167.

Dans l'article 1167 les créanciers s'attaquent à un acte dont ils reconnaissent la réalité et par lequel leur débiteur a entendu se lier; ils prétendent seulement que cette obligation n'a été consentie par ce dernier qu'en fraude de leurs droits. Dans le cas de simulation au contraire, ils veulent faire constater judiciairement que leur débiteur n'a souscrit aucune obligation ou que celle qu'il a souscrite diffère de son obligation apparente (1).

Dans une étude sur la simulation, on pourra encore montrer comment elle fut une nécessité dans les législations primitives où les actes juridiques se manifestaient sous certaines formes imposées par la loi. Il fallait nécessairement recourir à ces formes, et comme le plus souvent elles ne correspondaient pas exactement à la volonté des auteurs de l'acte juridique, il a fallu qu'imposé par le formalisme étroit de la loi, l'acte fictif fut toléré par la jurisprudence. En outre il arrivait souvent qu'une formalité étant la seule raison de la validité d'un acte, il suffisait que cette formalité ait été remplie sans qu'on ait à se préoccuper de la véritable intention des parties.

1. Nous verrons que les créanciers peuvent, en théorie au moins, choisir entre les deux actions. Un débiteur feint d'aliéner un de ses biens dans l'intention de diminuer le gage de ses créanciers. Ceux-ci peuvent établir l'inexistence de cette vente mais ils peuvent aussi l'accepter comme réelle et démontrer qu'elle a été faite en fraude de leurs droits.

L'acte formel pouvait marquer derrière lui des opérations diverses; il les couvrait indifféremment du même manteau. Ainsi la stipulation était un moule dans lequel on pouvait couler toutes espèces de conventions; de même la donation n'avait pas de formes propres, elle se réalisait de diverses manières suivant le but que s'était proposé le donateur, d'après les formes établies par le droit commun. Ainsi s'agissait-il d'une *datio* c'est-à-dire d'une translation de propriété ou de la constitution d'un droit réel au profit du donataire, elle se réalisait au moyen d'une tradition, d'une *mancipatio* ou d'une *in jure cessio*. La rectitude absolue des jurisconsultes romains, aussi bien que les nécessités de la pratique, les forçaient d'admettre la validité de la simulation et des actes rectificatifs.

Plus tard la simulation ne fut pas interdite et ne disparut pas avec les causes qui l'avaient fait naître. Car on estime (Aubry et Rau, t. I, p. 114. Cass., 13.1.33) que tout ce que la loi ne défend pas ou n'ordonne pas reste abandonné au libre arbitre des particuliers; ce que la loi n'a pas défendu est donc permis; chacun est maître de faire ou de ne pas faire ce qu'elle n'a pas commandé.

Ces principes sont tellement admis dans les mœurs judiciaires que les tribunaux n'annulent pas les donations déguisées sous forme de contrats à titre onéreux, qui pourraient tout au moins être critiquées à

raison de l'omission des formes prescrites par les articles 931, 932 et 948. On a discuté doctement sur cette validité de la simulation, mais il est assez difficile d'indiquer ce qui se serait produit au cas où l'alternative contraire aurait triomphé puisque les jurisconsultes romains et les législateurs de l'ancienne France l'ont admise.

En admettant qu'on l'ait repoussée, les conséquences pratiques de ce refus auraient peut-être été nulles. L'acte simulé d'une part est inexistant quelle que soit l'opinion triomphante, et d'autre part la contre-lettre n'est pas un acte simulé, on ne peut songer à l'annuler pour cause de simulation entre les parties et à l'égard des tiers.

L'article 1321 ne dit pas qu'elle soit nulle : il la prive d'effets. Ce résultat est obtenu, croyons-nous, par l'attribution de dommages et intérêts compensations aux tiers lésés ; mais elle demeurerait susceptible d'effets soit sur la demande d'une des parties contractantes, soit sur celle d'un tiers créancier du vendeur apparent.

On a dit que les auteurs du Code avaient trois solutions à choisir. Valider la contre-lettre, l'annuler complètement, ou l'annuler seulement à l'égard des tiers. La première solution était seule parfaitement correcte, la seconde ne se fonde que sur l'arbitraire, la troisième expliquée par une action pénale et personnelle est seule défendable.

§ III. — DE LA PREUVE DE LA SIMULATION
ET DE LA CONTRE-LETTRE.

Dans tout ce chapitre nous emploierons indifféremment les expressions preuves de la simulation et preuves de la contre-lettre pour désigner la preuve de la simulation accompagnée de contre-lettre.

Le droit de prouver la simulation n'est pas réservé aux seuls tiers, les parties contractantes ont également le droit de faire cette preuve ; c'est une absolue nécessité pour elles, lorsque leur partenaire, bénéficiant du contrat simulé, refuse d'exécuter le contrat caché, et les obligeoit à restituer ce qu'elles ne possèdent que pour la forme, soit à payer un supplément de prix. Quel que soit l'auteur de l'action, l'opération consistent toujours dans la preuve du contrat et celle de la contre-lettre se trouve soumise aux règles du Code civil.

Les parties dissimulent leurs intentions, épaississent autant que possible le voile qui les couvre ; aussi, le législateur a-t-il dû se préoccuper tout spécialement de la difficulté que les tiers auraient à prouver la simulation. •

Il ne leur a pas seulement permis de puiser, aussi largement que possible, dans l'arsenal des preuves ordinaires, il a même dans certains cas accordé des moyens extraordinaires de preuve, des présomptions

légales. Il y a donc deux sortes de preuves de la simulation, les preuves de droit commun et la présomption légale.

La preuve de la contre-lettre est en fonction des personnes qui l'administrent et, comme celle de tous les contrats, en fonction de la nature particulière du contrat à prouver.

*α) Preuves de droit commun ouvertes aux auteurs
de la contre-lettre*

Lorsque les parties, pour une des raisons que nous avons indiquées plus haut, entreprennent de prouver la simulation, ici comme ailleurs, les règles du Code sur la preuve des contrats s'appliqueront et les parties, tenant compte de l'article 1341, devront consigner leur convention cachée dans un acte écrit toutes les fois que son objet dépasse la valeur de 150 ou lorsque la convention apparente, de valeur moindre, a déjà été constatée par écrit.

Et, plaisant contraste, la convention cachée, bien que dirigée contre les tiers, ne revêtira la forme écrite, forme usuelle de la contre-lettre, que dans l'intérêt des parties contractantes.

La contre-lettre n'est ce que nous la voyons généralement, que dans l'intérêt de ses propres auteurs ; et si les contractants n'avaient jamais à escompter

que les attaques des tiers, il est fort probable qu'ils ne la rédigeraient jamais par écrit.

Les motifs qui ont inspiré l'article 1341 s'appliquent aussi bien à propos de contre-lettres qu'à propos de toute autre convention. Il est inadmissible que les contractants qui ont la facilité de se réserver une preuve claire et sûre de leurs actes n'usent pas de cette facilité et préfèrent laisser les juges se diriger à tâtons au milieu d'assertions improuvables.

L'article 1341 comporte toutefois diverses exceptions. La preuve testimoniale doit être admise d'abord s'il y a eu commencement de preuve par écrit (art. 1347).

Elle est toujours admissible en matière commerciale. C'est la tradition ; c'est aussi, d'après l'interprétation générale, (voir *A. et Rau*, t. VIII, p. 323) la disposition de l'article 109 du Code de commerce qui laisse au juge la liberté d'admettre ou de repousser tous les moyens de preuve. L'article 1341 d'ailleurs réserve les règles spéciales au commerce et, lorsque la loi commerciale veut exclure la preuve testimoniale, elle le dit expressément (voir art. 41 C. com.).

L'article 1341 n'est pas applicable non plus si la partie qui demande à établir la simulation n'a pu se réserver une preuve écrite (art. 1348). Les applications les plus intéressantes de cette idée ont lieu lorsque la simulation a été arrachée par dol ou violence, et lorsque la partie demanderesse a été dans

l'impossibilité morale de se ménager une preuve écrite à raison, par exemple, de sa situation vis-à-vis de l'autre partie.

L'article 1353 vient encore adoucir les apparentes rigueurs dont sont frappés les contractants qui cherchent à démontrer l'existence d'une contre-lettre. Il est ainsi conçu : « Les présomptions qui ne sont pas établies par la loi sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans le cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit *attaqué pour cause de fraude ou de dol*. »

Or la contre-lettre, bien qu'elle doive être distinguée du dol, est un contrat frauduleux s'il en fût jamais. Nous pensons même que la fraude est un de ses caractères essentiels, et qu'une contre-lettre non frauduleuse n'est guère concevable (voir page 31 et suivantes).

Quand on se trouve en présence de la dernière hypothèse de ce texte, on peut raisonnablement conclure que, du moment où la preuve peut être faite à l'aide de présomptions, elle peut l'être également par témoins ; dans l'échelle d'incertitude la présomption occupant certainement le plus haut degré, qui peut le plus peut le moins.

On peut répondre que ce n'est pas vers l'article 1353 complètement étranger à la preuve testimoniale mais

bien vers les dispositions qui la régissent, c'est-à-dire vers les articles 1341 à 1368, qu'il faut se tourner pour savoir si cette preuve est ou non admissible, que parmi ces articles le seul texte qui présente quelque rapport avec cette question est le premier alinéa de l'article 1348 qui admet la preuve testimoniale lorsque celui qui l'invoque s'est trouvé dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale ; mais que ce texte est en définitive sans application à la difficulté, puisque la partie qui demande à prouver par témoins la simulation à laquelle elle a donné les mains pouvait ne pas y consentir ou du moins s'en procurer une preuve littérale au moyen d'une contre-lettre.

Dans le sens de cette opinion on dit encore que bien loin de fournir un argument en faveur de l'admission de la preuve testimoniale en cas de fraude ou de dol, la disposition finale de l'article 1353 semble, au contraire, supposer que la preuve testimoniale n'est point admissible en pareille matière (1).

M. Devilleneuve fait justement remarquer que ce texte suppose formellement que les présomptions seront admissibles dans un cas où la preuve testimoniale ne le sera pas, en cas de fraude ou de dol.

Le texte paraît en effet formel et les explications données par les auteurs du Code et le rapprochement avec d'autres textes notamment avec le premier ali-

1. Note sous S. 36.1.577.

néa de l'article 1348 ne sont pas moins formels. On a le choix entre une faute de rédaction ou une contradiction.

Nous ne croyons pas qu'on puisse hésiter entre ces deux explications. Un vice de forme est chose excusable et explicable dans la science du droit qui n'a rien de l'essence de l'art, un illogisme est inconcevable dans une science où les Romains montrèrent leur impeccable raisonnement.

Bigot-Préameneu développant au Corps législatif les motifs de l'article 1341 a dit : « On doit faire observer que cette exclusion de preuve testimoniale ne s'étend pas au cas de fraude. » Et Jaubert expliquant au tribunal l'article 1353 s'est exprimé ainsi : « La fraude et le dol ne se présument pas mais celui qui les allègue doit être admis à les prouver par témoins, car si la fraude ne se présume pas, ceux qui la commettent ne manquent pas d'employer tous les moyens pour la cacher. »

« La morale publique exige donc que la preuve testimoniale soit admise dans cette matière et c'est là que le juge doit pouvoir faire usage de toute sa perspicacité pour pénétrer tous les replis de l'homme artificieux. » (V. Locré, t. XII, p. 407, n° 209 et p. 524, n° 33.)

Il arrivera que l'exception de fraude sera invoquée par ceux même qui l'auront commise, ce qui contredira l'adage : « Nemo auditur propriam suam turpitudinem allegans. » Mais ici l'ordre public est en jeu,

Jaubert parle des intérêts de « la morale publique ». Aucune raison ne peut obliger une partie à rester par suite d'engagements antérieurs dans une situation qui, verrons-nous, a toutes les ressemblances avec un délit (1).

On insiste cependant et l'on dit que, si la preuve testimoniale de la fraude est admissible, c'est exclusivement de la part de celui qui n'a pu s'en procurer une preuve littérale, et telle n'est pas la position de la partie qui s'est volontairement rendue coupable d'une fraude à laquelle elle était libre de ne pas consentir.

Or, il est facile de reconnaître que, si la partie au détriment de laquelle la simulation a eu lieu pouvait à la rigueur s'y refuser, il ne lui était cependant pas possible, dès qu'elle y consentait, de demander une contre-lettre qui eût annoncé de sa part l'intention de se soustraire aux conséquences de l'acte simulé et de l'attaquer comme couvrant une fraude à la loi.

1. Certains auteurs n'ont voulu accorder cette faculté qu'au cas de fraude contre la loi. Mais l'article 1353 en statuant que de simples présomptions suffisent pour prouver le dol et la fraude dispose d'une manière absolue et s'applique par conséquent à la fraude à la loi comme à la fraude envers les personnes. Aussi ce premier point qui n'est guère susceptible de contestation, paraît-il généralement reconnu. Voy. Req. rej., 8 juillet 1857. S. 58.1.195. Req. rej., 18 août 1862. Sir. 63.1.205. Req. rej., 20 mars 1805. Sir. 65.1.208. Req. rej., 22 nov. 1869. Sir. 70.

Ainsi réduit dans sa portée l'article 1353 eût fait double emploi avec le premier alinéa de l'article 1348,

β) *Preuves ouvertes aux tiers*

Les preuves de droit commun sont ouvertes aux tiers dans la plus large mesure ; on ne trouve pas à leur encontre les quelques restrictions édictées à l'égard des parties contractantes. Ce sont des personnes auxquelles, selon les termes de l'article 1348 « il n'a pas été possible de se procurer une preuve littérale de l'obligation ».

C'est une règle admise par tout le monde ; il en est fait application à des cas où ce ne sont pas des créanciers qui sont intéressés. C'est ainsi que les héritiers à réserve peuvent prouver par témoins l'atteinte portée à leur réserve par des donations déguisées, et que tous héritiers sont admis à recourir à la preuve testimoniale pour établir l'existence de dispositions à titre gratuit que leur auteur aurait faites au profit d'incapables, soit par l'intermédiaire de personnes interposées, soit sous le voile de contrats onéreux (1).

C'est parce que les tiers ont la faculté de prouver par témoins des faits contre le contenu des actes qu

1. Voir la jurisprudence et les auteurs cités par A. et Rau, t. 8, § 765, p. 350.

renferment des fraudes à leurs droits que l'article 1319 qui porte « que l'acte authentique fait foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes » n'a pas ajouté « et même contre les tiers » comme l'ont fait Dumoulin, lui et après lui Pothier, dans les écrits duquel cet article a été puisé :

L'article 1348 étend ses faveurs « aux obligations qui naissent des quasi-contrats et des délits ou quasi-délits ». Ceux qui ne sont pas touchés par le premier argument tiré de l'article 1348 se laisseront peut-être convaincre par celui-ci.

Nous verrons que dans la simulation comme dans le *fraus creditorum* on peut trouver un délit. C'est ce qui permet d'expliquer ces rapports exorbitants du droit commun qui naissent de l'article 1321 entre les auteurs de la simulation et leurs créanciers.

On adoptera quant aux autres modes de preuve les règles suivies en toute autre matière ; si l'acte simulé est relaté dans un écrit authentique et si la véracité des faits personnellement constatés par l'officier public n'est pas contestée, le demandeur n'a pas besoin de recourir à l'inscription de faux.

Il n'y a pas de difficulté non plus en ce qui concerne la preuve littérale, l'aveu et le serment. On applique les règles de l'indivisibilité de l'aveu. Si le défendeur reconnaît que la cause d'un contrat est fausse et indique en même temps la cause réelle, son adversaire ne peut scinder cette double déclaration.

Quant au serment, il trouvera ses plus importantes applications dans le fidéicommiss tacite d'interposition de personne. Une personne est instituée légataire par un testateur et les héritiers légitimes soutiennent qu'en réalité la libéralité est destinée à un tiers incapable de la recevoir, à une congrégation religieuse non autorisée par exemple. Ils peuvent déférer le serment au prétendu légataire et le refus de serment établira la simulation. Mais ce qui est intéressant à retenir c'est qu'aux termes d'une doctrine et d'une jurisprudence à peu près unanimes on peut faire porter le serment sur la question de savoir si, en dehors même de tout mandat donné par le testateur au légataire apparent, celui-ci sans avoir pris d'engagement à cet égard n'a pas l'intention de remettre le legs à un incapable, en nature ou en équivalent, en tout ou en partie, actuellement ou dans l'avenir.

Cette rigueur, peut-être excessive, a été inspirée au tribunaux par la crainte des scrupules des légataires qui, sans que le légataire le leur ait fait savoir, croyaient comprendre que le legs ne leur était pas destiné.

Nous signalons en terminant une théorie formulée dans un arrêt de la Cour de Gand et par M. Larombière (1) (Gand, 17 janvier 1883. D.P. 84.2.92), relative

1. *Théorie et pratique des obligations*, art. 1887, n° 63.

à la nature du droit accordé au tiers par l'article 1321, qu'il est nécessaire de mentionner ici en raison de son influence sur la matière des preuves.

Ils'agissait dans l'espèce soumise à la Cour de Gand d'un fond amodié par un bail ayant date certaine et vendu ensuite à un sieur de T... Ce dernier demandait à prouver que le bail était fictif et il offrait d'administrer par témoins la preuve de la simulation. La Cour rejette sa prétention par les motifs suivants : « Attendu que les appelants ne sont point des parties contractantes, qu'ils ne possèdent ni titre, ni droit pour agir en cette qualité, et que d'ailleurs ils ont déclaré eux-mêmes qu'ils n'ont jamais entendu attaquer le bail vanté ci-dessus en vertu de l'article 1116 du Code civil. Attendu, que le seul titre qu'ils puissent invoquer à l'appui de leur action est celui d'acquéreurs, que comme tels ils sont les ayants cause des parties contractantes et qu'en cette qualité ils n'ont pas d'autres droits que leurs auteurs. Attendu que les parties contractantes ne sont pas admises en général à prouver la simulation par témoins comme le demandent les appelants et qu'elles ne le peuvent que lorsqu'elles ont un commencement de preuve par écrit, ou lorsqu'elles peuvent invoquer en leur faveur l'article 1348 du Code civil, c'est-à-dire lorsque la simulation n'a été consentie que sous l'empire du dol et de la violence... »

Les tiers seraient donc toujours obligés d'emprun-

ter les droits de leur auteur. Le système est absolu mais il est dangereux d'y voir un système, la Cour, statuant sur une espèce, a émis des principes qui peut-être ont dépassé sa pensée fixée plus précisément sur l'espèce litigieuse.

M. Larombière distingue : les créanciers prétendent-ils que la simulation a été consommée dans une intention frauduleuse ? Ils agissent en leur nom personnel. Que s'ils ne produisent aucune allégation de fraude et ils ne font qu'exercer les droits et actions de leur débiteur (art. 1166). Il ne peuvent donc les exercer que comme pourrait le faire le débiteur lui-même dans les mêmes délais, par les mêmes moyens, *avec les mêmes éléments de preuve*, tandis qu'exerçant un droit personnel et agissant en leur nom propre, ils peuvent prouver par tous les moyens possibles, par témoignages et par simples présomptions.

Les tiers seraient donc soumis en cas de simulation non frauduleuse à toutes les obligations imposées aux parties contractantes qui veulent prouver l'une contre l'autre l'existence d'une contre-lettre.

Cette distinction suppose l'existence d'une simulation non frauduleuse et nous l'avons déjà méconnue.

Simuler n'implique pas nécessairement l'intention de frauder les tiers, mais la simulation contractuelle est toujours accompagnée d'une contre-lettre ; prouver la simulation, c'est prouver l'existence de la con

tre-lettre frauduleuse ou non et ces dernières sont réproouvées par l'article 1321 qui ne distingue pas entre les unes et les autres.

De plus nous estimons que l'acte simulé est inexistant. Or il est reconnu en droit qu'un acte inexistant ne saurait s'imposer à personne et que quiconque a intérêt à l'écarter tient de la loi et de son intérêt le droit personnel de le faire disparaître.

Les tiers créanciers du vendeur apparent, par exemple, ont cet intérêt ; ils n'ont donc en aucun cas besoin d'emprunter les droits de leur auteur ou débiteur pour intenter l'action en déclaration de simulation.

Si les tiers ont intérêt à se prévaloir de l'acte apparent, nous fonderons leur action sur une idée de délit. Si les simulateurs n'ont pas eu d'intention frauduleuse, nous admettons bien qu'il n'y ait qu'un quasi délit, mais l'article 1348, 1^{er} alinéa, donne aussi dans ce cas pleine liberté aux tiers pour l'administration de la preuve.

Présomptions de simulation

La loi vient en certaines occasions au secours du demandeur en le dispensant de prouver la simulation. Nous avons déjà donné les motifs de cette rigueur du législateur à l'égard d'une combinaison frauduleuse.

De l'existence d'une convention déterminée, prévue par la loi, elle induit nécessairement celle d'une contre-lettre. On peut relever quatre présomptions légales : deux relatives à l'interposition de personnes et prévues par les articles 911 et 1100 ; une relative à la nature du contrat, article 918, et une présomption relative à la date, article 1318.

Le Code est moins rigoureux que l'ancien droit où ces présomptions étaient plus nombreuses. C'est ainsi que les donations entre concubines jadis défendues étant aujourd'hui permises, il a dû renoncer à l'ancienne présomption qui annulait, comme déguisant des libéralités prohibées, les contrats à titre onéreux passés entre personnes vivant en concubinage, ou tenait pour faites au concubin même les libéralités faites à ses descendants.

Présomption d'interposition de personnes dans les donations. — Toute donation par personne interposée est inexistante.

La jurisprudence et certains auteurs ne donnent point cette solution comme un principe général mais ils admettent la nullité lorsque le destinataire de la libéralité est incapable de recevoir ; certains arrêts et une grande partie de la doctrine l'admettent même dans tous les cas s'il s'agit de donations entre époux.

La loi a facilité cette preuve dans les articles 911 et 1100 en présumant dans certains cas une interposition de personnes. Les motifs des deux textes sont

semblables. La loi craint qu'on ne se serve de l'intermédiaire d'un tiers pour faire parvenir la libéralité à une autre personne.

Mais quels intermédiaires sont plus commodes et plus sûrs que les personnes unies au donateur par des liens étroits d'affection, de parenté, de dépendances et souvent d'intérêt ? La loi a donc suspecté ces personnes et établi contre elles une présomption de fraude.

Telle est la préoccupation du législateur, qu'il n'a pas permis aux parties de justifier de la régularité de l'opération.

En d'autres termes les articles 911 et 1100 établissent des présomptions *irréfragables, juris et de jure*.

L'article 911 prévoyant les dangers d'une donation par personne interposée à certains incapables décide que « seront réputées personnes interposées, les père et mère, les enfants et descendants et l'époux de la personne interposée ».

Et l'article 1100, voulant prévenir le même danger pour les donations excessives entre époux, dispose de son côté que « seront réputées faites à des personnes interposées les donations de l'un des époux aux enfants ou à l'un des enfants de l'autre époux issus d'un autre mariage, et celle faite par le donateur aux parents dont l'autre époux sera héritier présomptif au jour de la donation ».

Dans ces deux textes il faut interpréter strictement

les termes de la loi, mais il faut leur donner toute leur portée. C'est ainsi que si par le mot époux on ne doit pas entendre le concubin ou le fiancé, il faut par les mots « enfants et descendants » entendre non seulement la postérité légitime, mais la postérité adoptive ou naturelle. Seulement on observera que pour cette dernière la présomption et interposition s'arrête au premier degré. La loi ne considère pas qu'il y ait aucun rapport entre les enfants naturels d'un enfant naturel et le père de ce dernier.

Les présomptions d'interposition sont inapplicables si l'incapacité est survenue après la libéralité. L'article sera par conséquent inapplicable aux donations faites avant la dernière maladie du donateur au fils du médecin qui l'a soigné durant cette maladie ; et l'article 1100 aux donations faites par l'un des conjoints au père de l'autre avant le mariage.

Elles cessent aussi de s'appliquer lorsqu'il y a impossibilité absolue que l'incapable profite de la libéralité faite à l'une des personnes présumées interposées.

C'est ce qui a lieu :

1° Lorsque la donation entre vifs faite à l'une des personnes suspectes n'est acceptée et parfaite qu'après le décès de l'incapable.

2° Lorsque l'incapable est déjà mort lors de la disposition entre vifs ou est déjà prédécédé au testateur et que d'ailleurs le disposant ayant eu connaissance

de ce décès ne peut imaginer que la libéralité profitera à celui que la loi suppose en être ordinairement le véritable destinataire.

Toutefois cette dernière règle comporte une grave exception. La loi en effet n'a établi ces incapacités qu'à raison des captations ou abus de confiance qui sont à craindre de la part de certaines personnes. C'est le cas pour le médecin, le ministre du culte, le tuteur. Lorsque la présomption d'interposition aboutirait à faire reconnaître légataire l'une de ces personnes, leur décès survenant après la confection du testament, mais avant la mort du testateur, ne valide pas la libéralité. La volonté du disposant a été entachée dès l'origine d'un vice indélébile.

Enfin, — règle spéciale à l'article 911, — ce texte n'est applicable qu'aux incapacités prévues dans le chapitre II du titre : Des donations entre vifs et des testaments.

Il ne l'est ni aux incapacités absolues ni aux incapacités relatives édictées par les articles 975 et 997 contre les clercs de notaire et les officiers du vaisseau dans le cas de testament reçu en mer.

L'article 918 nous fournit un exemple de présomption de simulation dans la nature du contrat ; c'est le seul que nous trouvions dans le Code civil.

« La valeur en pleine propriété de biens aliénés soit à charge de rente viagère soit à fonds perdus

avec réserve d'usufruit à l'un des successibles en ligne directe sera imputée sur la portion disponible et l'excédent, s'il y en a, sera rapporté à la masse. Cette imputation et ce rapport ne pourront être demandés par ceux des autres successibles en ligne directe qui auraient consenti à ces aliénations, ni dans aucun cas par les successibles en ligne collatérale. »

La loi ne prononce pas ici la nullité de la contre lettre, mais à la pensée des parties substitue une interprétation légale qui sera presque toujours contraire à leur volonté.

C'est une disposition intermédiaire entre l'ancien droit qui considérait ces sortes d'actes comme valables tant que la preuve de la simulation n'avait pas été faite et la sévère loi de nivôse an II qui dans son article 26 édictait la nullité des aliénations à fonds perdus ou à charge de rente viagère et cela à la seule condition que la disposition eût été faite au profit d'un héritier présomptif. Dispositions empreintes de l'exagération qui caractérise les lois de cette époque où l'on défendait d'avantager l'un quelconque des successibles au détriment des autres.

La crainte de ces avantages avait amené logiquement le législateur à frapper impitoyablement la fraude partout où il la soupçonnait.

Remarquons que la loi se place dans l'hypothèse où les intéressés n'ont pas établi le caractère gratuit de l'opération.

Lorsqu'ils prouvent la simulation, il faut appliquer les règles du droit commun et donner les solutions que l'on donnerait pour une donation déguisée quelconque. Il ne tient qu'aux intéressés d'obtenir des résultats plus complets en faisant la preuve de la simulation.

Présomption de simulation dans la date des actes sous seing privé. — L'article 1328 déclare que « les actes sous seing privés n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou l'un de ceux qui les ont souscrits ou du jour où leur substance est constatée dans des actes dressés par des officiers publics tels que procès-verbaux de scellé et d'inventaire ».

Priver de date un acte, c'est le priver d'effets contre les tiers ; ils sont donc présumés simulés ; on leur applique le traitement de l'article 1321 « à cause, dit Pothier, de la facilité qu'il y a de les antidater ».

Mais cette présomption est irréfragable ; les parties n'ont aucun moyen d'établir contre les tiers qu'elles ont mis à l'acte une date sincère.

Cette présomption de simulation, applicable aux déclarations des parties, est inadmissible à l'endroit de déclaration d'officiers publics. Lors donc qu'à côté de l'acte sous seing privé existe un acte public qui constate à un moment donné l'existence de l'acte privé, à la présomption de la loi s'en ajoute une seconde : la date mise par les parties est toujours présumée

fausse, mais on sait qu'à un moment donné l'acte sous seing privé existait ou du moins son existence à ce moment est présumée jusqu'à inscription de faux. De même la loi a été obligée de reconnaître l'existence de l'acte à un moment donné lorsqu'il y a impossibilité matérielle qu'à ce moment il n'existe pas ; c'est ce qui arrive lorsque l'un des signataires de l'acte est décédé.

C'est la conséquence extrême de l'application stricte de l'article 1328.

Bien qu'approuvée par la majorité de la doctrine, elle est cependant combattue par Toullier et Zachariæ et par un arrêt de la Cour de Bordeaux du 24 février 1826, (S. 26.2.257).

Cette présomption a paru dans certains cas inutilement sévère pour assurer le triomphe de l'équité. On s'accorde à ne pas l'appliquer aux matières commerciales.

La contre-lettre est la convention réellement passée avec sa date véritable.

Il est plus difficile d'en apercevoir l'existence car, contrairement à ce qui advient ordinairement, l'exécution de la contre-lettre n'intéressera peut-être nullement les parties contractantes.

Qu'importe que la date d'un contrat soit reculée ou avancée de quelques jours ?

Il en résulte qu'elle sera rarement écrite. Mais les tiers en prouvant la simulation prouveront nécessairement

rement l'existence d'une contre-lettre puisque l'une ne va pas sans l'autre.

Lorsqu'il s'agit de désigner les tiers protégés par l'article 1328, tout le monde s'accorde pour écarter ceux que Demolombe appelait les *pœnitus entranei* c'est-à-dire ceux qui n'ont jamais eu de rapports juridiques avec les parties et pour indiquer les ayants cause à titre particulier des parties. Ils ont tour à tour la qualité d'ayants cause ou de tiers selon l'époque à laquelle on se place.

Ayant reçu quelque chose de leur auteur ils subissent naturellement l'effet des actes par lequel celui-ci a modifié le droit qu'il leur a transmis, mais à une condition, c'est que la modification soit antérieure à la transmission.

A partir du moment où ils ont traité avec leur auteur, ils deviennent des tiers pour lui, celui-ci ne peut plus rien contre eux. Par là, la question de date prend une importance capitale : c'est d'elle que dépend l'efficacité de l'acte contre eux.

Pour les ayants cause universels, la question de date est, dans l'opinion générale, indifférente : si ce sont des successeurs ils recueillent évidemment toutes les obligations contractées par leur auteur quelle qu'en soit la date ; si ce sont des créanciers chirographaires comme ils n'ont aucun droit propre qui fasse d'eux des tiers, ils doivent subir l'effet de tous les actes accomplis par le débiteur sur son patrimoine.

Mais les créanciers chirographaires peuvent-ils bénéficier de cette présomption ? Ils passent de la classe des ayants cause dans celle des tiers lorsqu'ils attaquent ou repoussent comme simulé et frauduleux un acte portant atteinte à leur droit de gage et c'est précisément sur une présomption de simulation ou de fraude que repose la disposition de l'article 1328.

S'ils sont tiers, pourquoi leur refuser le bénéfice de l'article 1328, si en dehors de l'intention de frauder, ils prouvent l'existence d'une simulation et d'une contre-lettre.

C'est l'opinion de Zachariæ qui estime (T. VIII, § 751 note 21) que l'expression tiers dans l'article 1321 a la même signification que dans l'article 1328 et s'applique aux mêmes personnes.

Si la contre-lettre acquiert date certaine il n'en résulte nullement qu'elle devienne irrémédiablement opposable aux tiers. Ils continueront à pouvoir l'attaquer mais ils ne bénéficieront plus de la présomption établie par l'article 1328, ils en feront la preuve en suivant les voies ordinaires.

Il serait fâcheux pour le renom de vérité qui doit s'attacher aux présomptions établies par la loi de voir un créancier chirographaire ne pouvoir réussir à prouver la simulation dans des circonstances où il appert manifestement qu'elle existe, et un acquéreur particulier bénéficier dans le même temps de la présomption d'existence d'une simulation.

DEUXIÈME PARTIE

CHAPITRE PREMIER

Caractères des Contre-Lettres.

§ I. — DISTINCTION ENTRE LES CONTRE-LETTRES ET LES ACTES MODIFICATIFS

Il ne faut pas confondre les contre-lettres avec les conventions accessoires, faites par actes séparés et que les parties concluent pour préciser, étendre ou restreindre, l'objet ou les modalités d'une convention primitive.

C'est un principe antique que les contrats ne peuvent être déliés que par les mêmes causes qui les ont formés.

Le vieux droit romain formaliste exigerait pour l'extinction des obligations, les mêmes formalités qui avaient présidé à leur naissance : ainsi le lien formé *per æs et libram*, par un versement d'espèces et par des paroles devant des créanciers, était anéanti *per æs et*

libram, par un versement d'espèces et par des paroles venant du débiteur ; celui créé *verbis* par une interrogation des créanciers et une réponse du débiteur était anéanti par *l'acceptilation*, opération dans laquelle c'est le créancier qui interroge et le débiteur qui répond.

Lorsque la volonté libre et éclairée des parties contractantes fut seule exigée pour la formation des contrats, ils purent être détruits par une volonté contraire soumise aux mêmes conditions.

C'est le principe presque universellement appliqué dans notre droit moderne puisqu'on n'y rencontre presque plus de contrats solennels et encore parmi les contrats solennels subsistants les contrats de mariage ne peuvent se muer qu'en une inévitable séparation de biens.

Ce serait violer tous ces principes et faire une confusion que d'appliquer l'article 1321 à toutes les conventions accessoires faites par un acte séparé et de les traiter comme des contre-lettres.

L'article 1321 ne frappe que certaines modifications particulièrement malicieuses à l'égard des tiers d'une nullité qui ne peut être invoquée que par eux.

A quelles conditions la modification apportée à une convention préexistante sera-t-elle passible de telles pénalités ?

Tous les documents que l'on puise dans les anciens écrits des jurisconsultes prouvent que par contre-

lettres on entendait autrefois tout acte dérogeant à un autre acte et servant à l'expliquer, à l'étendre ou à le restreindre. Ainsi Domat (liv. III, titre 6, sec. 2, § 14) qualifie de contre-lettre la convention par laquelle un acheteur déclare faire remise après coup à son vendeur de l'obligation de garantie.

« Si dans un contrat de vente, dit-il, le vendeur s'oblige à garantir de toute évictions et que, par une contre-lettre, l'acheteur reconnaisse qu'il consent que le vendeur ne demeure garant que de ses faits et promesses, la contrariété de ces deux conventions n'aura pas l'effet d'anéantir l'une et l'autre, car on voit que l'intention des parties est que le contrat subsiste avec la condition réglée par la *contre-lettre*. »

Larombière déclare : « Les parties peuvent très valablement modifier à leur gré, par des actes séparés et distincts, les conventions qu'elles ont arrêtées entre elles par des actes antérieurs. Ces actes qui contiennent ainsi des changements, des dérogations et des modifications par rapport aux autres s'appellent *contre-lettres*... Quelquefois, dit encore M. Larombière, les contre-lettres prononcent formellement l'annulation de l'acte apparent et le déclarent expressément nul et non advenu. Il convient d'assimiler à une véritable contre-lettre les déclarations et reconnaissances contenant des dérogations à un acte antérieur. »

En ce qui concerne spécialement Larombière,

ajoutons immédiatement qu'il reconnaît lui-même que l'on ne doit considérer comme contre-lettre ni les actes par lesquels les parties, sans fraude et de bonne foi, règlent l'exécution ou l'accomplissement d'une convention ou disposition antérieure (sur l'article 1321, n° 13) ni ceux qui ne sont que le complément, le développement ou l'explication d'un acte antérieur ; ni ceux qui n'ont d'autre objet que l'explication d'une clause obscure et ambiguë, (Code n° 14).

Mais tout acte modifiant un contrat préexistant aurait pu dans l'ancien droit être considéré comme une contre-lettre, qu'une telle opinion n'aurait pas eu alors la portée qu'elle aurait maintenant. En effet nous avons déjà vu que la contre-lettre notariée était opposable aux tiers ; il suffisait donc de soumettre à cette forme la modification que l'on désirait apporter au contrat primitif pour qu'elle fut pleinement valable.

D'après Domat et Ferrières la reconnaissance en justice de la contre-lettre ou son enregistrement suffisaient également pour qu'elle pût être opposée aux tiers.

Après la rédaction du Code on s'est demandé si la législation nouvelle n'avait pas conservé quelque moyen de rendre une contre-lettre opposable aux tiers ; d'où une controverse qui mit aux prises Toullier et Merlin.

Ce dernier soutenait l'affirmation en s'appuyant sur l'article 1328.

Dans cette opinion, on estime que l'article 1328 modifie l'article 1321 de manière que toutes les fois qu'on fait enregistrer une contre-lettre elle produit effet contre les tiers à partir de l'enregistrement.

Mais comme il est hors de doute qu'une contre-lettre notariée n'est pas opposable aux tiers, on ne saurait traiter différemment la contre-lettre enregistrée.

Nous avons, au contraire, eu l'occasion de voir que l'accomplissement de formalités prescrites par l'article 1328, loin de conférer à la contre-lettre un pouvoir exceptionnel contre les tiers, n'avait que celui de le soustraire aux effets d'une présomption irréfutable capable de le faire tomber sans que les tiers aient besoin d'en prouver l'existence et de la replacer dans la situation du droit commun, périlleuse mais non désespérée.

Les contre-lettres notariées et les contre-lettres enregistrées étaient dans l'ancien droit opposables aux tiers par identité de motifs : les tiers étaient présumés en avoir eu connaissance. Aujourd'hui les contre-lettres notariées ne le sont certainement plus ; il est impossible d'émettre deux opinions différentes dans deux cas aussi semblables sous peine de se contredire.

La valeur de l'acte authentique et de l'enregistrement comme moyen de publicité a bien diminuée dans l'esprit des jurisconsultes d'aujourd'hui et ce système pâlit à côté des organisations savantes établies pour

les hypothèques et par des lois plus récentes, pour les fonds de commerce warrants, agricoles, etc.

Les contre-lettres qui ne sont pas absolument nulles sont donc toujours inopposables aux tiers, mais lorsqu'il s'agit de distinguer la contre-lettre et la modification sérieuse d'un contrat préexistant, l'absence de critérium se fait cruellement sentir.

« La question de savoir si un écrit, dont le véritable caractère est contesté, constitue une contre-lettre ou s'il constate une convention nouvelle faite de bonne foi, c'est-à-dire sans qu'on puisse y voir la réalisation d'une simulation déjà concertée lors de la rédaction de l'acte primitif, se trouve comme simple question de fait et d'intention abandonnée à l'appréciation des tribunaux. » (Aubry et Rau, t. VIII, p. 204.)

On peut lire dans le répertoire de Fuzier-Hermann, tome XIV, n° 78 :

« Au reste, la nullité d'une contre-lettre au regard des tiers est un moyen mélangé de fait et de droit et ne peut être invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation. »

« Ce moyen peut en effet soulever des questions de fait. Ainsi, il faut que les tiers pour pouvoir repousser la contre-lettre qui leur est opposée soient de bonne foi et n'aient pas eu connaissance de la contre-lettre quand ils ont contracté. »

Pour l'un de ces auteurs, la contre-lettre est une

question de fait, pour l'autre, c'est une question mélangée de droit et de fait. Il ne faut pas en conclure qu'ils aient des opinions différentes.

Seulement le fait de soulever une question de droit n'est pas la caractéristique d'une contre-lettre et l'on comprend fort bien que MM. Aubry et Rau n'aient pas jugé nécessaire d'en parler.

Les conventions soulèvent des questions de droit et de fait. On soulève les premières en se demandant quelles sont les règles de forme et de fond exigées pour la validité des conventions : capacité des personnes, vices de la volonté, erreur, dol, etc. La question de fait est de savoir si les actes concrets effectués par les parties contractantes sont conformes aux règles abstraites précédemment énumérées ; c'est à proprement parler l'administration de la preuve.

C'est une différence analogue à celle que l'on peut faire entre la théorie et la pratique. La pratique ne se distingue pas de la théorie, comme semblent le croire certains, par une plus grande étude des détails, mais consiste à faire rentrer les phénomènes concrets dans les catégories définies par la raison et à en trouver l'explication par le rapprochement avec ces catégories. Différence analogue également à celle que l'on fait en philosophie entre la science et les arts.

Les conventions ordinaires ne soulèvent pas toujours des questions de fait ; la grosse majorité des conventions s'exécute de bonne foi entre les parties

contractantes sans que l'on mette en mouvement l'appareil judiciaire pour l'administration des preuves. Il se peut également que des parties ayant des doutes sur une question de droit, sur une question de capacité par exemple, ne soulèvent pourtant aucune objection relativement aux actes accomplis par elles.

La contre-lettre au contraire, soulève toujours une question de fait. Elle ne peut exister sans procès, de même que les couleurs n'existent pas sans la lumière. Tant qu'on n'est pas venu devant un tribunal, il n'y a pas de contre-lettre mais, pour les parties contractantes, deux conventions simultanées faites entre les mêmes parties, dont la seconde sera seule exécutée, une novation extra-rapide, et pour les tiers une seule convention apparente, ou bien deux conventions successives et contradictoires car, pour des *pœnitus entranei* que l'existence d'une contre-lettre n'intéresse en rien, il pourra fort bien arriver que le lien malicieux qui unit les deux conventions et fait de la seconde une contre-lettre n'apparaisse pas clairement.

Les parties ne font pas de contre-lettres ; en même temps qu'une convention fantaisiste, elles font une convention sérieuse qui s'exécutera et sera prouvée en suivant les usages reçus pour une convention quelconque. Ce sont les tiers qui qualifient certaines conventions de contre-lettres. C'est une épithète in-

jurieuse, une malédiction judiciaire qu'ils jettent contre certains actes destinés à leur nuire pour en paralyser les effets.

Si aucun tiers ne se présente pour démontrer ce fait, il n'y a pas de contre-lettre ; si personne ne réussit à faire cette preuve, il n'y a pas non plus de contre-lettre. Nous rechercherons dans ce chapitre quelles sont ces conditions de droit et de fait qui donnent naissance à la contre-lettre en appliquant la méthode recommandée par les logiciens pour bien définir une chose, qui est de rechercher son genre prochain et d'indiquer ensuite sa différence spécifique.

§ II. — COMPARAISON DE LA CONTRE-LETTRE ET DE L'OBLIGATION NOVÉE

Le genre prochain de la simulation accompagnée de contre-lettre nous paraît être la novation. Mais si l'on peut trouver entre ces deux sortes d'actes juridiques des analogies qui justifient une comparaison, on y trouve des différences marquées qui empêchent un parallèle complet. Nous n'entendons présenter cette comparaison que comme un indice, un critérium, un fil d'Ariane pouvant servir quelquefois de guide dans cette tâche difficile de distinguer les cas dans lesquels on se trouve en présence d'un simple

acte rectificatif ou modificatif, de ceux dans lesquels il y a véritablement contre-lettre.

Dans la novation, comme dans la simulation par contre-lettre, on découvre l'existence de deux conventions dont une seule est destinée à produire des effets juridiques. Mais alors que dans la novation les deux conventions sont connues des tiers ou sont susceptibles de l'être, une seule est destinée à l'être dans la simulation.

Mais toute novation ressemble-t-elle à une contre-lettre ?

Rappelons que M. Aubry et Rau et les meilleurs auteurs distinguent la novation subjective et la novation objective. La novation est subjective :

a) Lorsque par l'effet d'un nouvel engagement un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé par le créancier. (Art. 1270 C. civ.)

b) Lorsqu'un nouveau débiteur s'oblige au lieu et place de l'ancien qui se trouve déchargé par le créancier. (Art. 1272, n° 2.)

La novation est objective quand il se forme entre les mêmes parties une convention par suite de laquelle l'ancienne obligation est éteinte et remplacée par une obligation nouvelle. Ce dernier genre de novation laisse en présence les mêmes contractants dans les deux conventions successives.

Deux opinions sont en présence : L'une n'admet

pas qu'il puisse y avoir contre-lettre quand les parties ne sont pas identiques dans les deux actes. La seule tromperie que puisse engendrer une contre-lettre est donc celle que porte sur la valeur de l'objet de l'obligation. C'est rapprocher nécessairement la contre-lettre de la novation objective.

L'autre opinion n'est pas si restrictive et n'exige pas l'identité des parties dans les deux actes.

D'une façon plus précise, la première de ces opinions n'admet pas que l'on puisse voir dans la convention conclue entre le prête-nom et son mandant une contre-lettre à l'opération ostensible conclue avec le vendeur.

2) *La convention réelle qui lie un prête-nom est-elle une contre-lettre.*

Avant toute discussion, nous citerons l'argumentation de l'auteur qui a le plus approfondi cette question (Bartin, thèse, Paris, 1887, p. 95).

« Nous imposons à la contre-lettre un dernier caractère sur lequel il faut maintenant insister : l'identité des parties dans l'acte secret et dans l'acte apparent.

La jurisprudence fait profession de le méconnaître. A lire certaines de ces décisions, il semble que tout acte dérogeant à un acte précédent et simulé constitue une contre-lettre sans qu'il soit nécessaire de se poser

la question subsidiaire que nous annonçons. Nos anciens auteurs sont cependant unanimes à exiger cette condition.

Si l'on veut se reporter aux extraits de Domat, de Ferrière et de Denisart que nous reproduisons plus haut, on verra que ces jurisconsultes supposent toujours que l'acte secret émane des mêmes personnes que l'acte apparent. La chose leur paraît si naturelle qu'ils la notent en passant et se gardent bien de lui consacrer des développements sérieux. C'est qu'en effet si l'on y réfléchit, la nécessité de l'identité des parties résulte du premier caractère que tout le monde reconnaît à la contre-lettre. La contre-lettre doit modifier une convention ; une convention ne peut être modifiée que par ceux qui l'ont conclue.

C'est là un principe élémentaire.

Deux personnes peuvent bien s'entendre pour transporter à l'une d'elles le bénéfice d'une convention conclue par l'autre avec un tiers, mais on ne peut pas dire que cette nouvelle convention modifie la première.

Aussi la jurisprudence qui a joué un si grand rôle dans l'élaboration de la théorie des contre-lettres, théorie aussi peu logique possible, mais construite dans le but de faire régner pratiquement une plus grande équité dans les contrats, méconnaît ces principes.

Pourquoi Denisart, Ferrière, Domat se « sont-ils bien

gardés » de parler d'un principe qui n'est pas si naturel que cela et qui ne saute pas aux yeux avec l'évidence d'un axiome puisque la jurisprudence « fait profession de le méconnaître ».

Auraient-ils craint de ne pouvoir démêler un tel problème? nous n'osons le supposer un instant.

Ne peut-on pas penser que dans des exposés succincts, comme ceux qu'ils ont fait, d'une question encore brumeuse, ils n'ont pas jugé nécessaire de s'embarrasser d'une hypothèse compliquée qui fait intervenir une troisième personne, alors que pour frauder les tiers l'entente malicieuse de deux contractants suffit.

Du reste quelques auteurs ont suivi les errements de la jurisprudence. Laurent (t. XIX n° 183) s'exprime ainsi :

« Pour le moment il importe de constater qu'il y a une grande différence entre les conventions ordinaires et les contre-lettres.

« Celles-ci ont toujours pour but de déroger à une convention première en ce sens qu'elles en déterminent le vrai caractère, elles font connaître les intentions des parties contractantes que l'acte public déguise.

« Je veux faire une donation à un de mes successibles par personne interposée; je commence par transmettre la propriété de la chose que je veux donner au prête-nom qui doit servir d'intermédiaire, puis nous

faisons une contre-lettre par laquelle nous rétablissons la vente en déclarant que le prétendu acquéreur n'est qu'un prête-nom chargé de transmettre la chose à celui que je veux gratifier. »

Cet exemple n'a peut-être pas par lui-même grande signification dans l'étude des contre-lettres puisque les donations par personnes interposées sont absolument nulles et Laurent n'entend peut-être pas se prononcer sur la valeur absolue de l'opération. Mais la situation serait à peu près identique s'il s'agissait d'une vente par prête-nom et puisque l'auteur parle de contre-lettre dans l'un des cas, pourquoi n'en parlerait-il pas dans l'autre ?

Il nous semble, qu'au milieu de ces opinions contradictoires, on puisse se reconnaître à l'aide d'une distinction entre les différents usages du prête-nom.

Premier usage : je vous charge d'acheter en votre nom une maison qu'on refuse de me vendre à moi-même et il est convenu que vous me la céderez ensuite.

Ou bien autre usage : une personne désire qu'on ne connaisse pas l'acheteur d'un de ses biens ; elle s'en défait en apparence, au moyen d'un acte d'aliénation au profit d'un tiers qui lui servira de prête-nom et qui passera pour en être propriétaire, ce tiers revendra ensuite le bien au véritable acheteur. Il y a alors aliénation simulée accompagnée d'une contre-lettre.

On peut traduire ces hypothèses de la façon suivante. La première ainsi : Primus vend ouvertement à Secundus qui, en même temps, vend secrètement à Tertius, et la seconde : Primus vend un bien à Secundus mais, par une contre-lettre, déclare que cette vente est fictive, puis vend à Tertius.

La seconde de ces hypothèses ne soulève pas de difficulté ; il y a manifestement une contre-lettre dans l'opération qui n'exige que deux personnes ; la vente consentie à Secundus est annulée par une contre-lettre passée entre les mêmes personnes ; la vente consentie à Tertius est une opération ultérieure sans aucun lien avec la précédente, et qui peut même ne pas exister. Peuvent être dupés et s'en plaindre les créanciers de Primus et de Secundus.

Il en est autrement pour la première, elle exige l'intervention de trois personnes. Il ne peut être question de vente directe de Primus à Tertius après annulation par contre-lettre de la vente fictive consentie à Secundus puisque c'est lui qui refuse de vendre à Tertius. La première vente est nécessairement sérieuse dans son esprit ; il semble qu'il y ait alors deux ventes successives, doubles frais, doubles droits ; ce pourrait être un détour coûteux pour atteindre le but et rien de plus. Il n'y aurait du reste pas non plus de novation car cette dernière suppose l'anéantissement d'un premier contrat remplacé par un second. Cette opération aurait plus de ressemblance avec la

délégation ou cession de dette, Secundus pouvant, si les deux ventes sont très rapprochées, se dispenser de payer lui-même et charger de ce soin l'acheteur Tertius.

Il est bien évident que l'existence de la contre-lettre, si contre-lettre il y a dans cette dernière hypothèse, ne se présente pas avec un caractère d'évidence, car s'il y a eu volonté certaine chez l'acheteur Tertius d'effacer la conséquence de l'acte apparent consenti à Secundus en payant le prix dû par ce dernier, cette volonté ne rencontre pas celle du vendeur originaire auquel elle demeure totalement étrangère.

Faut-il cependant refuser tout secours aux créanciers de l'acheteur intermédiaire qui peuvent être dupés par ce rapide passage de richesse entre les mains de leur débiteur aussi bien lorsque le bien passe à Tertius que lorsqu'il revient à Primus comme de l'autre hypothèse de prête-nom. Cette opération n'a certainement pas été conclue contre eux, mais l'exercice de l'article 1321 ne répond pas nécessairement à une intention de frauder, et les créanciers de l'acheteur apparent peuvent repousser, si leur intérêt l'exige, les effets d'une vente machinée contre les créanciers du vendeur.

Même ceux qui refusent de voir ici une contre-lettre n'osent en tirer toutes les conséquences et nous nous permettrons de citer encore à ce sujet M. Bartin (thèse, p. 99) :

« Supposons que Secundus prête-nom de Tertius ait été chargé en cette qualité d'acheter pour ce dernier un fonds de commerce. Cela signifie que Secundus s'oblige à en rendre Tertius propriétaire aussitôt qu'il le sera lui-même.

« La vente s'effectue. Aussitôt Secundus est obligé. Mais l'existence seule de son obligation suffit pour opérer la translation de propriété (art. 1138). La chose vendue ne lui appartient donc qu'un instant de raison et passe immédiatement dans le patrimoine de Tertius. Mais l'acte de vente consenti à Secundus perpétue aux yeux de tous l'attribution de la propriété à ce dernier. Tertius accepte par son silence cette situation puisqu'il n'exige pas comme il pouvait le faire un titre constatant publiquement son droit.

« Par conséquent la translation de propriété que s'est nécessairement accomplie à son profit après la vente se transforme en une contre-lettre à l'acte de vente originaire et ne peut être opposée aux ayants cause de Secundus.

« Que telle soit l'interprétation juridique des faits, cela est facile à établir. La translation de propriété de Secundus à Tertius et le maintien apparent du droit du premier sont évidemment contradictoires. La simulation, c'est-à-dire l'intention de Tertius d'être propriétaire sans le paraître, elle existe par hypothèse. L'identité des parties, elle est visible puisque

tout se passe désormais entre Secundus et Tertius et que le vendeur originaire a disparu de la scène. Le droit de Tertius résulte donc d'une contre-lettre, c'est-à-dire d'une convention modifiant un acte ostensible et simulé, par suite, il en a toute la fragilité.

« Mais alors, dira-t-on, ce n'était pas la peine de rejeter l'opinion qui voit une contre-lettre dans la convention de prête-nom puisque les conséquences qu'implique cette opinion se retrouvent dans celles que vous lui substituez. L'objection serait topique si la convention de prête-nom ne mettait en jeu que les intérêts des ayants cause du prête-nom.

« Les deux systèmes, celui que nous soutenons et celui que nous repoussons, leur donnent en effet une égale satisfaction. Mais il faut envisager la question du côté des ayants cause du mandant, et sous ce point de vue les solutions auxquelles nous sommes conduits diffèrent entièrement de celles que nous imposerait la doctrine de nos adversaires.

« C'est qu'en effet si l'on regarde la convention de prête-nom comme une contre-lettre il faut décider que les ayants cause du mandant ont à la méconnaître le même droit que les ayants cause du prête-nom. Par exemple le mandant tombe en faillite ou en déconfiture, il n'a pas encore remboursé au prête-nom le prix d'achat et l'objet acheté a péri. Les créanciers du mandant auraient tout intérêt à répondre au prête-nom lorsqu'il leur réclamerait ses déboursés ; c'est

à vous que la vente a été consentie ; votre qualité de mandataire résulte d'un acte secret qui ne nous atteint pas, gardez l'opération pour vous.

« Ce raisonnement, l'opinion de nos adversaires permet de le tenir. Fondé sur elle, il est irréfutable. Pour nous au contraire, c'est un sophisme. »

C'est peut-être vrai mais il est un moyen bien simple de l'éviter, c'est de considérer la convention de prête-nom comme une contre-lettre et nous ne pensons pas qu'il soit plus sophistique de soutenir cette opinion-ci que celle-là.

D'après M. Martin, il ne peut assurément y avoir de contre-lettre dans cette hypothèse d'interposition de personne ; mais cependant il s'en établit une après coup au profit des créanciers du prête-nom par ce fait que le mandant accepte par son silence la situation apparente en n'exigeant pas un titre constatant publiquement son droit.

La situation juridique étant toute résolue, il y avait en deux ventes successives, le premier vendeur ignorant le second racheteur, car ne l'oublions pas, il s'agit ici de prête-nom et non pas de mandant, mais voilà que par suite du silence persistant de ce dernier, la seconde vente devient une contre-lettre et ne peut être opposée aux créanciers de l'acheteur intermédiaire sans toutefois que les créanciers de l'acheteur définitif puissent s'en faire prévaloir. C'est faire dépendre l'existence de la contre-lettre d'un fait posté-

rieur à la conclusion du contrat, qui n'a rien de contractuel ; nous avons toujours cru qu'on ne pouvait concevoir la contre-lettre que comme simultanée à l'acte apparent.

Nous combattons cette opinion tierce qui ne se prononce pas catégoriquement pour ou contre l'existence d'une contre-lettre.

S'il y a contre-lettre, tous les tiers en présence doivent pouvoir en profiter, sinon qu'elle n'existe pour personne. C'est vers l'existence d'une contre-lettre que nous inclinons.

Par elle on obtient un résultat que nos adversaires ont trouvé tout à fait équitable : la protection des créanciers de Secundus qui ont pu se laisser abuser par sa richesse apparente ; on obtient aussi la protection des créanciers du mandant, de Tertius.

Il n'a pas semblé juste à nos adversaires que les créanciers du mandant puissent bénéficier de l'article 1321 ; ils sont en effet moins excusables puisqu'ils n'ont pas été dupés par un enrichissement apparent de leur futur débiteur et on a cru trouver des hypothèses compliquées dans lesquelles ils s'enrichissent un peu injustement aux dépens des créanciers du prête-nom de leur propre débiteur. Il en est ainsi par exemple lorsque le mandant tombe en faillite ou en déconfiture avant d'avoir remboursé au prête-nom le prix d'achat. Les créanciers de Tertius peuvent répondre à ceux de Secundus : C'est à vous que la vente

a été consentie ; l'acte qui nous rend propriétaire n'est qu'une contre-lettre, nous en repoussons les effets ; supportez-en seuls les conséquences.

Mais pour que ces créanciers soient irrémédiablement volés il faut que l'objet acheté ait péri, sinon ils auraient pour gage l'objet acheté, garanti par le privilège du vendeur. Ils n'y perdraient probablement pas, la vente étant un contrat commutatif.

Même sans recourir à ces moyens détournés, ils trouvent une protection suffisante dans l'application des principes qui régissent la simulation et les contre-lettres.

Nous sommes en présence d'un conflit d'intérêt entre les créanciers des deux parties qui repoussent ensemble la contre-lettre ; nous pensons qu'il appartient aux juges de régler équitablement, suivant les circonstances, la part d'intérêt qui revient à chacun sans accorder par une reconnaissance de contre-lettre limitée quant aux personnes qui peuvent l'invoquer, le bénéfice de l'article 1321 aux créanciers de l'un à l'exclusion des autres.

Il est rare que tous les tiers repoussent la contre-lettre et se fondent également sur les termes même de l'article 1321. Généralement il y a conflit entre les créanciers du mandant qui réclament l'exécution de l'acte réel et le paiement du prix par le mandataire et les créanciers de ce dernier qui se prévalent des effets du contrat apparent conférant à Secundus un

titre de propriétaire et non pas seulement de mandataire. En ce cas il n'y a pas seulement un conflit d'intérêt mais un conflit d'actions car les créanciers du mandant exercent une action de leur débiteur de par l'article 1166, tandis que ceux du mandataire fondent la leur sur l'article 1321. Nous reviendrons sur ce point. En tous cas le conflit existe ; il ne s'agit pas de l'éviter mais de le solutionner.

Notre opinion n'a contre elle que son imperfection juridique, car nous sommes forcés d'admettre que la contre-lettre entre le vendeur primitif et le mandataire intermédiaire existe à l'insu de ce vendeur ; c'est donc un contrat synallagmatique qui n'a pas été consenti par l'une des parties contractantes. Le vendeur primitif fait un acte simulé alors qu'il voulait faire un acte véritable et partant fait une contre-lettre sans le savoir.

C'est une chose qui n'est concevable qu'avec un mandat d'une nature aussi originale que celui dont est investi le prête-nom, mandataire sans le paraître.

Une telle simulation est inconcevable avec toute autre espèce de mandat ; la déclaration de Command, ainsi que nous le verrons, ne donne pas d'action de simulation aux tiers, car elle trahit la présence d'un mandant.

En général les tiers sont toujours avertis de la qualité du mandataire sinon de toutes les clauses du mandat ou de la personnalité du mandant.

La situation du mandataire prête-nom est tellement exceptionnelle, qu'indépendamment de toute idée de simulation, la jurisprudence et d'excellents auteurs s'attachent à le distinguer des autres mandataires et lui confèrent une situation exceptionnelle(1).

Si le caractère et les effets du mandat sont en général indépendants de sa forme extérieure, les rapports du mandant et du mandataire avec les tiers sont cependant profondément modifiés lorsque le mandat se produit sous la forme d'une vente, d'une cession ou d'un autre acte par lequel le mandant investit en apparence le mandataire de tous les droits de propriétaire ou de maître de l'affaire.

Le prête-nom agissant *proprio nomio* se trouve personnellement engagé vis-à-vis des tiers qui n'ont aucune action directe à exercer contre le mandant. Réciproquement c'est envers le prête-nom que les tiers se trouvent obligés. Il est indifférent sous ce double rapport que ces derniers aient connu ou non la véritable qualité de celui avec lequel ils ont traité. Les créanciers saisiront dans son patrimoine comme lui appartenant en propre le bien qu'il n'a reçu que comme prête-nom.

Il semble alors inutile d'invoquer pour le profit exclusif des créanciers du mandataire une notion de simulation. Ils n'ont pas besoin de se poser en victi-

1. *Rej. req.*, 25, janvier 1864, S. 64.1.405.

mes d'une simulation. Ils saisissent les biens de Primus comme ceux d'un propriétaire et d'un débiteur quelconque. Leur situation n'est pas absolument sans ressource (1).

Faut-il donc renoncer à toute idée de contre-lettre et ne voir dans l'opération que deux ventes successives ? Nous estimons avec M. Martin que les créanciers les plus intéressants sont ceux du mandataire et ils ont déjà le droit de saisir les biens du mandataire.

Mais, encore qu'ils aient le droit de considérer le prête-nom comme véritable propriétaire des biens qu'il détient, il ne faut pas oublier qu'un bien ne reste dans le patrimoine d'un prête-nom qu'un instant de raison et qu'il peut en ressortir immédiatement et sans fraude en exécution de la convention antérieure passée entre le mandataire et le prête-nom sans que les créanciers puissent se prévaloir de l'article 1167, car ce n'est pas frauder que d'exécuter les termes mêmes d'une convention.

Si la fortune personnelle du prête-nom est insuffisante l'action des tiers devient illusoire.

1. On peut encore supposer qu'un simple mandataire n'ayant rien du prête-nom se fasse passer pour propriétaire et fasse quelque dupe.

Nous croyons qu'il y aurait là une simulation de fait analogue à celle de l'héritier apparent mais non pas une simulation contractuelle partant pas de contre-lettre ni d'action basée sur l'article 1321. Il ne peut être question ici que de machination trempeuse et d'escroquerie.

L'article 1321 ne perd rien de son utilité. On ne doit pas craindre d'invoquer les termes de cet article dans la plus large mesure et au profit de tous.

Les créanciers du mandant sont fondés à se plaindre que par suite de la situation fautive du prête-nom une partie de cet objet reste entre les mains de ses créanciers ; il est juste qu'ils aient une action pour faire valoir leurs droits concurremment avec ceux des créanciers de Secundus.

La même action défensive basée sur les mêmes principes doit être accordée aux créanciers du premier vendeur que nous avons appelé Primus.

Il leur importe peu en principe d'être payés par le prête-nom ou le mandant.

Mais si le premier est insolvable, ils ont intérêt à reporter leur action contre le mandant et doivent pouvoir le faire ; cette action est l'antidote des droits exorbitants accordés par le fait de la simulation aux créanciers d'un mandataire. De même dans le cas de simulation ordinaire les créanciers du vendeur apparent peuvent toujours se prévaloir de la contre-lettre pour repousser l'action de l'acheteur simulé. La seule différence est qu'ici Primus a fait une simulation sans le savoir.

On est d'autant plus tenté de voir une contre-lettre dans la seconde convention, que les deux conventions sont nécessairement liées l'une à l'autre. Il n'y a pas deux opérations successives et indépendantes

comme lorsqu'une vente est faite à un débiteur solidaire qui répartit ensuite le paiement du prix entre les divers coobligés.

Repousser complètement l'article 1321, c'est refuser de l'appliquer à des hypothèses pour lesquelles il semble avoir été créé. Il est vrai que le droit s'en est passé pendant des siècles et l'opinion adverse n'est pas insoutenable. Elle est peut-être même plus logique, plus conforme aux principes, comme le serait le Code lui-même, débarrassé de l'article 1321.

b) *Différences entre la contre-lettre
et l'obligation novée.*

Des différences profondes empêchent un parallèle complet entre la contre-lettre et l'obligation novée car si l'on appliquait strictement les principes qui régissent la novation on anéantirait complètement la contre-lettre. En effet le contrat simulé n'a jamais, dans l'intention des parties, été fait pour être exécuté, il est absolument fictif, ne repose sur rien et n'a pas de cause véritable.

L'article 1131 s'exprime ainsi : « L'obligation sans cause, ou sur fausse cause, ou sur une cause illicite ne peut avoir d'effet. » La première condition d'une novation est l'existence d'une dette à éteindre. La novation est un changement « *novatio a novo nomen*

accipit. » or tout changement suppose quelque chose de préexistant.

Il est vrai qu'immédiatement après, l'article 1132 ajoute : « La convention n'en est pas moins valable encore que la cause n'en soit pas exprimée », mais, pour bien comprendre ce texte, il faut sous-entendre à la fin les mots « dans l'écrit qui la constate » car la loi entend parler plutôt de la preuve de la convention que de sa validité. Ce texte crée une présomption légale en faveur du créancier ; de ce qu'une personne dont l'écriture n'est pas contestée s'est reconnue débitrice la loi conclue que son obligation avait une cause réelle et elle dispense le créancier de prouver l'existence de cette cause. Mais quant au fond une cause réelle n'est pas moins nécessaire à la validité des obligations (1).

L'article 1132 ne crée qu'une présomption *juris tantum* qui ne fait que renverser le fardeau de la preuve et le débiteur restera libre d'employer tous les

1. La notion de cause a été forgée pour expliquer l'existence ou l'anéantissement de certains contrats. Son utilité a été contestée. Doit-on l'utiliser lorsqu'il ne s'agit plus de l'existence d'un seul contrat mais de deux conventions successives comme dans le cas présent.

Lorsqu'un contrat n'existe qu'en raison de l'existence d'un autre, peut-on qualifier ce dernier de cause ? Au sens dans lequel on l'emploie généralement peut-être non, mais qu'importe que l'on en fasse usage en d'autres cas si cette notion n'a en droit aucun rôle strictement nécessaire et spécial mais n'est qu'une explication supplémentaire et superflète d'une opération juridique qui existerait sans cela.

moyens de droit pour prouver l'absence de cause de son obligation. Tous ces principes appliqués aux contre-lettres les rendraient nulles envers tous ; or leur validité à l'égard des parties contractantes s'induit à *contrario* de l'article 1321 et ne fait de doute pour personne.

On ne peut concevoir de novation autrement que sous la forme de deux conventions conclues successivement et séparées par un trait de temps quelconque, ne fut-ce qu'un instant de raison. Les deux conventions qui composent une novation ont successivement été faites pour être exécutées.

Au contraire, la contre-lettre doit naître dans l'esprit des contractants en même temps que la convention simulée.

En passant la convention apparente les parties en présence doivent nécessairement avoir dans l'esprit l'idée de la contre-lettre. Il nous semble que c'est là une condition essentielle, sur laquelle nous reviendrons du reste. Sinon qui la distinguera d'une convention modificatrice. Celle-ci peut fort bien demeurer ignorée des tiers qui ont eu connaissance du premier contrat, sans qu'ils puissent s'en plaindre. Un acheteur peut être transformé en mandataire ou en prête-nom par une convention secrète sans que les tiers puissent s'en plaindre s'il y a eu un trait de temps entre les deux contrats.

Voilà pour la théorie, car dans la pratique l'épo-

que de la conclusion de la convention réelle peut se rapprocher du temps de la conception de la convention fictive au point de n'en être séparée que par un « instant de raison » (Duranton, XII, n° 303.)

D'autre part la contre-lettre peut ne pas être conçue dans toute sa netteté, ou tout au moins rédigée, simultanément à l'obligation simulée. Aubry et Rau, t. VIII, n° 756 *bis*, prennent la peine de s'expliquer sur ce dernier point. « Si les contre-lettres sont d'ordinaire rédigées en même temps que l'acte auquel elles dérogent, cette simultanéité de rédaction n'est pas une condition nécessaire pour qu'un écrit puisse être considéré comme une contre-lettre. L'écrit qui déroge à un acte antérieur constitue une contre-lettre bien qu'il n'ait été rédigé que plus ou moins longtemps après cet acte, si en réalité, il n'est que l'expression d'un accord arrêté d'avance entre les parties. »

Les tiers auxquels on oppose un contrat ignoré d'eux et qui n'a pas été rédigé à la même époque que celui dont il leur a été donné connaissance ne sont pas obligés d'en respecter la teneur et conservent le droit de prouver que les parties contractantes l'avaient déjà dans l'esprit au moment où elles concluaient le contrat apparent.

Mais ils peuvent échouer dans leur démonstration et il a pu arriver que des tiers se soient vus opposer comme conventions véritables de pures contre-lettres.

Cette exigence de la simultanéité fait perdre le caractère et les effets de la contre-lettre à un certain nombre de contrats nuisibles aux tiers. Une personne vend sincèrement un bien et le rachète quelque temps après non moins sincèrement en le payant avec de l'argent liquide, mais en prenant la précaution bien naturelle de cacher à ses créanciers son retour dans son patrimoine. Il pourra arriver, tout comme si la revente était une contre-lettre, qu'un créancier du premier acheteur voit un gage, sur lequel il avait compté en contractant, le fuir à son insu; il ne pourra qu'user de l'article 1166.

L'article 1321 n'est pas fait pour lui, il ne peut pas empêcher tous les débiteurs de frauder leurs créanciers mais seulement ceux qui usent du moyen trop facile et trop caractéristique de la contre-lettre.

Lorsqu'il y a eu deux ventes successives, le vendeur s'est fié, ne fut-ce qu'un instant de raison, à la bonne foi de l'acheteur qui pouvait lui refuser ensuite la revente et exiger le paiement; en cas de contre-lettre; le vendeur fictif n'a même pas connu ce risque, puisque la vente ayant été détruite en même temps qu'elle était conclue n'a jamais existé; une chose ne peut à la fois être et ne pas être.

Une telle facilité dans la fraude exigeait des sanctions spéciales; l'article 1321 y a pourvu.

Voilà une différence topique entre la contre-lettre et l'obligation novée. Deux conventions simultanées

ne peuvent se modifier l'une l'autre, de même que deux phénomènes simultanés ne peuvent être la cause l'un de l'autre.

Faut-il donc renoncer complètement à comparer ces deux sortes de contrats ? Faisons ce sacrifice à la rectitude du raisonnement juridique qui anéantirait les contre-lettres si on s'obstinait à voir strictement en elles des obligations novées.

On peut le faire d'autant plus facilement qu'on ne saurait nier la validité de contre-lettres, qu'elles existent comme un fait rationnel ou non, admis par la jurisprudence, consacré par un article du code et que, si la novation ne peut s'accorder avec la véritable nature des contre-lettres, il faudra trouver d'autres explications.

Aubry et Rau (t. IV, § 345) commencent par déclarer « que les obligations sans cause sur une cause erronée ou sur une cause illicite sont dénuées de toute efficacité juridique, et sont, par conséquent à considérer comme non avenues (art. 1131) ».

Puis ils ajoutent : « Quant aux obligations fondées sur une cause dont le débiteur a prouvé la simulation, elles ne sont pas nécessairement inefficaces. Elles peuvent être regardées comme existantes et valables lorsque le créancier parvient à établir, qu'abstraction faite de la cause simulée, il existe une autre cause suffisante et licite. »

C'est abandonner l'idée de novation ; la contre-let-

tre se soutient seule sans l'appui d'une convention préexistante ; l'acte qui la précède est un acte simulé et qui dit simulé dit faux, irréel, inexistant.

Et pourtant on retrouve dans les écrits des auteurs et dans les définitions qu'ils donnent de la contre-lettre, des traces de l'idée de novation. M. Martin définit la contre-lettre : « Une convention supprimant une convention préexistante et non sérieuse ou certaines clauses non sérieuses d'une convention préexistante. »

Demolombe dit : « La contre-lettre est un acte secret qui annule ou modifie en tout ou en partie un autre acte ostensible, lequel est par cela même un acte simulé. »

On ne peut pourtant pas annuler ou modifier à qui n'existe pas antérieurement.

c) *Rôle que peut jouer l'idée de novation à propos de contre-lettres.*

Nous approuvons cependant ces définitions car il y a eu novation, novation *sui generis* si l'on veut, où quelques principes sont violés, mais on ne saurait nier le lien qui unit la convention simulée à la contre-lettre, lien si fort que l'une n'existerait pas sans l'autre.

La contre-lettre n'existe avec ses caractères propres que parce qu'elle est précédée d'une obligation

simulée dont elle modifie la teneur ; il ne suffit pas qu'une dette ait été ignorée des tiers, des créanciers chirographaires pour qu'ils puissent en répudier les effets.

Quand il s'agit d'une question de novation ce sont les parties qui plaident l'une contre l'autre ; il n'est pas question des tiers. Elles ont à démontrer :

- 1° L'existence d'une dette à éteindre ;
- 2° La création d'une dette nouvelle ;
- 3° Une différence entre les deux obligations successives.

4° La volonté d'éteindre la première dans le cas où l'intention de nover ne résulte pas implicitement de l'existence de la seconde convention par suite d'une impossibilité d'exécution commune.

5° La capacité de disposer de la créance.

A propos de contre-lettres, lorsque ce sont les tiers qui intentent une action en justice, les choses se présentent à leur égard à peu près de semblable manière.

Les tiers ont à démontrer :

- 1° L'existence d'une obligation préexistante (acte apparent) ;
- 2° L'existence d'une obligation nouvelle, (contre-lettre) ;
- 3° Une différence entre les deux actes ;
- 4° L'*animus novandi*, visible dans l'impossibilité d'exécuter deux conventions contradictoires et simultanées ;

5° Quant à la capacité de disposer de la créance, inutile d'en parler, elle existe nécessairement. Car si les parties ne peuvent faire la convention apparente, ils ne peuvent pas conclure la contre-lettre, et s'ils peuvent faire la première convention sans la seconde, c'est parce qu'une incapacité est survenue entre temps ; les deux conventions ne sont donc plus simultanées, il n'y a plus contre-lettre.

Nous nous efforcerons de justifier ces allégations par quelques exemples. Nous examinerons d'abord quelques hypothèses dans lesquelles font défaut l'existence de deux conventions faites en vue l'une de l'autre et ne pouvant dérouler concurremment leurs effets.

Deux personnes contractent envers une troisième une obligation solidaire. Puis un acte postérieur intervient entre les deux emprunteurs, duquel il résulte que le prêt concernait l'un d'eux seulement et devait être remboursé par lui seul. Cet acte n'est pas une contre-lettre car, d'après les principes de la solidarité, toute obligation solidaire implique à la fois règlement des rapports des coobligés avec le créancier et règlement des coobligés entre eux. Ce sont là deux points de vue distincts. Le créancier ne connaît que des coobligés également tenus de le désintéresser pour le tout. Il a devant lui un groupe de mandants et de mandataires réciproques parmi lesquels il peut choisir le premier venu pour lui demander son remboursement intégral.

Quant aux relations qui peuvent s'être établies entre ces différents débiteurs à raison de la dette solidaire, cela ne le regarde pas. La dette est solidaire à son égard, elle peut fort bien n'être pas commune à l'égard des débiteurs. Ceci posé, comment comprendre qu'une répartition de la dette entre ces derniers puisse jamais passer pour une contre-lettre à l'obligation principale ? Cette répartition n'a pas pour objet de modifier le pacte primitif, elle n'implique aucune conséquence incompatible avec lui. Chacun de ces deux actes renferme une série d'effets qui se déroulent parallèlement à ceux de l'autre. Il est vrai, qu'aux termes de l'article 1213, l'obligation contractée solidairement se divise de plein droit entre les débiteurs, chacun d'eux n'est tenu que pour sa part et portion. Mais ce règlement la loi le suppose entre les parties, elle ne l'impose pas (1216). Les parties sont libres d'en adopter un autre ; aucun texte ne leur enjoint d'y procéder dans l'acte même de la constitution de la dette ou dans un délai fixé après la passation de cet acte. La conclusion s'impose : la répartition de la dette est entièrement indépendante de l'acte constitutif, elle ne saurait donc jouer vis à-vis de celui-ci le rôle d'une contre-lettre ; en conséquence, elle reste opposable aux ayants cause des parties (Douai, 1^{er} mars, 1851, II, 309).

Bien entendu il en serait différemment si dans l'acte constitutif une disposition quelconque visait les

relations des codébiteurs entre eux. Toute réglementation postérieure serait une contre-lettre et tomberait sous le coup de l'article 1321.

Le fait d'élire command conformément aux règles énoncées par la loi du 22 frimaire an II ne peut être considéré comme constituant une contre-lettre. En vain y chercherait-on la présence de deux actes contradictoires. Le Code n'a pas prévu ce procédé dont l'usage est fort ancien. L'acheteur fait acheter à sa place par une autre personne qui traitera la vente comme si l'affaire était pour elle et sans faire connaître au vendeur le nom du véritable acheteur ; ce nom n'est révélé qu'après coup par une déclaration spéciale que fait l'intermédiaire employé par lui.

La déclaration de command n'est pas une manière d'interposition de personnes. Le vendeur sait très bien qu'il ne traite pas avec l'acheteur définitif et celui qui a reçu command ne se donne pas cette qualité. Il ne peut pas cacher cette qualité et tromper ainsi des tiers puisque la faculté d'élire command doit être réservée dans l'acte de vente. Personne n'est dupe, une seule chose est inconnue : le véritable nom de l'acheteur. Il ne peut y avoir convention simulée et contre-lettre puisqu'il n'y a qu'un seul contrat.

La loi de frimaire le reconnaît et ne fait payer qu'un seul droit de mutation sous cette simple condition que la faculté d'élire command soit réservée

dans le contrat de vente et que l'élection ait lieu dans le délai très bref de vingt-quatre heures.

La propriété passe directement du vendeur à l'élu, il n'y a qu'un seul contrat de vente, un seul prix fixé, l'acheteur emploie seulement un mode original pour se faire connaître. Cependant un double droit est exigé lorsque l'élection n'a pas lieu dans les vingt-quatre heures. Serait-ce qu'il y aurait alors deux conventions ?

La jurisprudence et la doctrine ont estimé le contraire. Considérant que la loi de frimaire est surtout une loi fiscale, elles ont estimé que les parties pourraient se réserver un délai plus long pour élire command et que la déclaration de command, faite après vingt-quatre heures mais dans le délai convenu, produirait le même effet quant au transfert de la propriété et aux obligations respectives des parties.

La disposition de la loi de frimaire a peut-être même un but pénal. L'usage de la déclaration de command déroge aux règles du mandat, car un mandataire est obligé de faire connaître le nom de son mandant lorsqu'il fait une opération en vertu des pouvoirs qu'il lui a confiés. La faculté d'élire command est une faveur dérogatoire à ces règles mais il serait fâcheux qu'on s'en serve pour laisser des parties et des tiers en suspens. Le meilleur moyen d'obliger le command à faire connaître le véritable acheteur est de le menacer d'avoir à payer double droit.

Un arrêt de la Cour de cassation du 20 décembre 1876 (D. 1878. 1.430) nous fournit une hypothèse dans laquelle il se produit bien des faits opposés aux conséquences naturelles d'une première convention mais ces faits n'ont pas le fondement contractuel qui permettrait de les transformer en contre-lettre.

Deux personnes veulent obtenir une concession de chemins de fer. La valeur des cautionnements est fournie par la première seule qui donne mandat à l'autre d'en opérer le versement mais en stipulant qu'elle entend rester titulaire du tout. Celle-ci achète des titres nominatifs mais, contrairement aux conventions, les fait immatriculer en son nom, puis elle tombe en faillite. La première réclame alors comme étant sa propriété les titres en question. Les créanciers de la faillite lui opposent l'article 1321. L'immatriculation opérée au nom de notre débiteur, disent-ils est l'acte ostensible sous l'autorité duquel nous nous plaçons. Les conventions intervenues entre vous et lui n'ont aucune valeur car elles constituent une contre-lettre à l'acte apparent que nous invoquons.

Ce système n'a pas triomphé et c'était justice. En effet, si la condition de contrariété se rencontrait dans l'espèce, il n'en était pas de même de celle de la double convention. L'immatriculation était bien contraire à la teneur du mandat, mais cette immatriculation n'était qu'un acte unilatéral impuissant à modi-

fier le règlement synnallagmatique des droits du véritable déposant.

« Le fait soudain, dit l'arrêt de la Cour de Douai, absolument inattendu au jour du mandat, réalisé à l'insu du prêteur, ne peut évidemment transformer le mandat antérieur donné par ce dernier en une contre-lettre convertie et créée pour contredire une situation inexistante et non présumée. »

« Il n'est pas possible de découvrir dans les faits de la cause de cette combinaison artificieuse, deux conventions contradictoires l'une apparente, l'autre occulte sans laquelle il n'y a pas de contre-lettre. »

Et la Cour ajoute sagement. « Il ne suffit pas qu'une convention paraisse conférer légalement à un individu un crédit plus grand que son crédit réel pour que ses créanciers puissent répudier comme contre-lettre les engagements légalement contractés qui ont pour résultat de dissiper ces apparences de crédit ; l'article 575 du Code de commerce en fournit un exemple très notable, puisque malgré la situation apparente créée au commerçant par la consignation à titre de dépôt de marchandises que ses créanciers ont pu croire la propriété de leur débiteur en vertu de l'article 2279, il donne au déposant, en cas de faillite, le droit de revendiquer les marchandises en justifiant du dépôt. L'acte de mandat dans la cause doit avoir le même effet que l'acte de dépôt dans le cas de l'article 575 du Code de commerce sans qu'il soit

possible d'exciper que l'un ou l'autre de ces actes doive être assimilé à une contre-lettre. »

La troisième condition exigée pour qu'il y ait novation est l'existence d'une différence entre l'ancienne convention et la nouvelle. »

C'est aussi une condition exigée des contre-lettres, elles doivent différer de l'obligation simulée, sinon on ne concevrait pas comment des tiers pourraient se trouver lésés par l'exécution d'une convention cachée qui ne diffère pas de celle portée à leur connaissance.

Mais quelles sont les différences exigées ?

M. Bartin, dans son étude sur les contre-lettres, donne plusieurs exemples gradués de simulation et démontre que suivant les cas l'acte secret constitue ou non une contre-lettre.

Après avoir fait mention de cas où la simulation est totale et sur lesquels on ne discute pas, il emprunte une hypothèse à un arrêt de la Cour de cassation du 20 avril 1862 (D. 1863.1.150).

Une femme se reconnaît débitrice d'une autre pour la somme de 1.000 francs. Le titre souscrit porte que cette dette a pour cause un prêt, mais une convention secrète corrige cette énonciation ; il est entendu que les 1.000 francs représentent non pas un prêt mais le prix d'une chose que le créancier s'engage à livrer.

Tout à l'heure rien ne subsistait de l'acte apparent qui n'était qu'un voile. Il n'en est plus de même ici.

La créance de 1.000 francs se retrouve dans les deux actes, aussi bien dans l'acte secret que dans l'acte apparent. La cause de la dette est seule changée mais partant aussi la nature du contrat, là où il y avait un prêt, il y a maintenant une vente.

Nous estimons que l'acte secret est une contre-lettre et n'est pas opposable aux tiers.

Dans l'espèce il s'agissait d'un cessionnaire de la créance contre lequel le débiteur demandait la nullité sous prétexte que le cédant n'avait pas rempli à son égard l'obligation que lui imposait l'acte secret.

Le cessionnaire répondait que l'acte secret ne lui était pas opposable et que quant à lui la créance était suffisamment causée par la fiction de prêt insérée dans l'acte original.

La Cour de cassation a cependant jugé le contraire en se bornant à dire : « Qu'il est de principe que nul ne peut transmettre à autrui plus de droit qu'il n'en a lui-même. Qu'en matière de cession de droits incorporels le cessionnaire reçoit l'obligation telle qu'elle existait entre les mains du cédant avec tous les droits comme avec toutes les exceptions. »

Mais n'est-ce pas précisément à ce principe que l'article 1321 fait échec. La Cour de cassation semble dans cet arrêt en méconnaître l'existence.

Autre hypothèse : « Une femme dotale veut établir

son enfant : elle contracte un prêt dans ce but et hypothèque à cet effet son immeuble dotal du créancier. Tout cela est parfaitement valable (Art. 1555-1556). Plus tard, ayant recouvré sa pleine capacité, elle vend cet immeuble dotal. Le créancier hypothécaire le saisit entre les mains du tiers détenteur. Ce dernier pourra-t-il prétendre que l'hypothèque lui a été présentée comme nulle lors de l'achat de l'immeuble ? Nous ne le pensons pas. »

Cette décision nous paraît être de bonne doctrine. Nous voudrions seulement préciser le critérium qui permet de juger différemment dans les deux hypothèses que nous venons de rapporter. M. Martin étaye ainsi sa doctrine. « La contre-lettre consiste essentiellement dans un acte qui modifie les clauses d'un contrat apparent. C'est cet acte qui reste caché, c'est la détermination des droits des parties qui n'est pas connue. Ici au contraire, ce qui est resté dans l'ombre, c'est uniquement le motif de l'obligation de la femme. Or il est de principe que les motifs des conventions ne font pas corps avec elles. »

Et plus loin. « En résumé le degré de simulation nécessaire pour transformer un acte secret en contre-lettre est celui en dessous duquel ce ne sont plus les éléments conventionnels de l'acte apparent qui sont cachés, mais certains faits extérieurs susceptibles d'influer plus ou moins sur l'opération totale. »

Nous préférons dire ici encore, pour expliquer ce

fait, que s'il n'y a pas de contre-lettre c'est parce qu'il n'y a pas de novation. Le motif n'étant pas lié à l'obligation, le changement de motif ne peut entraîner la naissance d'une obligation nouvelle. Une personne fait une convention par bienfaisance, puis au cours de l'exécution ses sentiments changent, elle conçoit de l'orgueil et achève son œuvre par ostentation. Qu'importe au juriste ?

On pourra penser qu'il n'y a dans tout cela qu'une querelle de mots et que parler de novation au lieu de « modification essentielle » c'est tourner sa vue vers l'effet plutôt que vers la cause. Nous n'avons pas d'autres prétentions. Notre intention au cours de ce chapitre a été de rechercher un *critérium* un peu plus tranché, qui permette de reconnaître une contre-lettre de tout ce qui en diffère et c'est ce but que nous poursuivons.

Il n'y a pas que le changement de motif qui soit incapable de produire une novation, MM. Aubry et Rau écrivent (t. IV, p. 218) :

« ... les modifications portant seulement sur l'époque de l'exigibilité ou sur le mode d'exécution de l'obligation n'emportent pas par elles-mêmes novation. Il en est ainsi notamment de la simple prorogation de terme, de l'indication d'un autre lieu de paiement et de la seule acceptation même sans réserves de billets négociables souscrits en paiement d'une dette antérieure. A plus forte raison la passation d'un acte

authentique destiné à remplacer un acte sous seing privé n'importe-t-elle pas novation, encore que le débiteur ou un tiers ait par cet acte fourni de nouvelles sûretés au créancier. »

La modification qui entraîne la novation peut-elle porter sur une simple modalité, terme ou condition? Quand les parties, l'objet et la cause restent les mêmes, l'élément nouveau que la novation exige peut-il être soit l'addition, soit la suppression d'un terme ou d'une condition ?

On distingue généralement :

a) La concession d'un terme au débiteur par le créancier ou la renonciation par le débiteur au terme qui lui avait été précédemment accordé peuvent se faire, l'une et l'autre, sans entraîner novation parce que le terme ne concerne que l'exécution de l'obligation et non sa constitution ; ce n'est pas une nouvelle dette, un nouveau rapport de droit qui s'établit car l'ancien reçoit son accomplissement un peu plus tôt ou un peu plus tard.

b) Au contraire le changement qui consiste à supprimer ou à ajouter une condition, affecte l'existence même de la créance. On ne peut pas dire que ce soit le même rapport qui subsiste puisque la nouvelle obligation existera peut-être dans des circonstances où l'ancienne aurait disparue et réciproquement.

Voilà une opinion très répandue. Il en est d'autres.

D'une manière générale, le sort des contre-lettres est lié à l'état de la jurisprudence et de la doctrine sur la novation. Suivant qu'elles seront plus ou moins larges dans l'admission des cas de novation, le nombre des contre-lettres sera accru ou diminué.

Par exemple, ce principe posé et pour être logique jusqu'au bout, si l'on admettait avec Pothier et Toullier qu'il n'y a pas de novation lorsque les changements contenus dans l'obligation nouvelle ne portent que sur l'importance d'une dette. « Qu'ainsi une dette étant de 20.000 francs, le débiteur et le créancier conviennent qu'elle sera désormais soit de 15.000 fr. seulement soit au contraire de 25.000 fr., ni dans le premier cas, ni dans le second il n'y a novation », devrait-on décider également que l'obligation nouvelle, fut-elle cachée, ne pourrait constituer une contre-lettre ? Certainement non. L'opinion de Pothier et de Toullier se base sur ce fait que le principal effet de la novation étant de faire tomber les sûretés attachées à une créance il n'y a généralement pas de bonnes raisons pour les faire disparaître lorsque la créance, gardant tous ses autres caractères, ne change que de montant. Mais ce seul changement suffit pour léser gravement les tiers lorsqu'il est accompli secrètement et par contre-lettre.

Quelle que soit la nature du changement apporté à l'obligation préexistante il dépend de la volonté

des parties d'anéantir l'acte précédemment conclu.

L'*animus novandi* est tout puissant, MM. Aubry et Rau le reconnaissent. Dans la citation précitée ils parlent de modifications n'entraînant pas par elles-mêmes novation et réservent à la volonté des parties le pouvoir d'en décider autrement.

Une de ces modifications pourra-t-elle entraîner novation et constituer une contre-lettre lorsque telle aura été la volonté des parties contractantes?

Ce serait contraire à leur intérêt propre et comme leur véritable intention est de faire une contre-lettre et non pas une novation, il est invraisemblable de penser que leur volonté puisse s'exercer en ce sens. L'idée de novation que nous avons mise en relief n'est qu'une explication et ne correspond pas à la véritable intention des contractants.

§ III. — LES CARACTÈRES PROPRES DE LA CONTRE-LETTRE.

Nous venons d'examiner les points qui rapprochent la contre-lettre de l'obligation novée et les services que peut rendre cette comparaison.

Mais pour s'en servir, il faut déjà avoir acquis la certitude qu'on se trouve bien en présence d'une contre-lettre et non pas d'une obligation novée.

Cette étude des caractères propres de la contre-

lettre est fondamentale et nous en aurions parlé tout d'abord si nous n'avions tenu à rechercher en premier lieu le genre prochain pour ne parler qu'ensuite de la différence spécifique. C'est la méthode des sciences déductives, et le droit tend à s'en rapprocher de plus en plus à mesure que les principes sur lesquels il repose, fondés par les romains, se fortifient à l'épreuve du temps.

La contre-lettre s'oppose à un contrat simulé tandis que la convention novée s'oppose à une convention réellement existante.

Simulé ne veut pas dire caché, car la convention qui modifie une obligation préexistante peut fort bien être ignorée des tiers et leur être cependant opposable. Rien n'empêche d'abandonner un achat avantageux sans avertir ses créanciers qui continueront à convoiter, mais en vain, ce gage de leur créance.

Simulé veut dire inexistant.

L'opinion de M. Bédarride à ce sujet est intéressante à signaler. Elle résume en effet l'opinion générale. Ses termes sont pour partie empruntés à plusieurs arrêts de la Cour de cassation et notamment à un arrêt des chambres réunies et on les trouve presque textuellement reproduits dans une décision récente de la jurisprudence belge. (Cass., 31 oct. 1809, 29 déc. 1821, Bruxelles, 20 nov. 1898, Fusier, 80, III, p. 281.)

« La simulation simple, dit M. Bédarride, lorsqu'elle n'a pas pour objet de déguiser une incapacité légale ou de donner une apparence licite à un contrat prohibé, lorsqu'enfin elle ne renferme aucune intention de frauder la loi ou de nuire aux tiers, n'est prohibée en aucune manière. Son existence ne pourrait donc nuire à la validité de l'acte ni occasionner la nullité du contrat dont il a plu aux parties d'emprunter les formes. » Bédarride (t. III, 1860). En d'autres termes la simulation frauduleuse est, et est seule, une cause de nullité de l'acte simulé.

Nous croyons également inacceptables les deux parties de cette réponse. Il ne nous semble exact, dans un langage vraiment juridique, ni de présenter la simulation frauduleuse comme une cause de nullité de l'acte apparent, ni de laisser entendre que cet acte est valable dans le cas de simulation non frauduleuse.

Les actes n'existent que par la volonté des parties, c'est elle qui les fait naître, subsister et disparaître. Lors donc que les parties n'ont pas voulu qu'un acte fit la loi entre elles, il n'est pas. C'est le cas de l'acte simulé auquel les parties n'ont jamais entendu attacher une valeur réelle. Parmi les éléments dont l'absence entraîne l'inexistence de l'acte, il y en a de deux sortes. Les uns sont d'une nécessité générale, communs à tous les actes juridiques qui sont par définition des actes *volontairement* accomplis en vue d'ob-

tenir des effets de droit ; si cette volonté n'existe pas, l'acte lui-même n'existe pas non plus. L'absence complète du consentement est donc un premier cas d'inexistence véritable pour les actes juridiques.

Les autres éléments essentiels à l'existence de l'acte sont variables selon les diverses espèces d'actes et ils sont déterminés pour chacun par sa nature particulière. Tel est le prix dans la vente : si deux personnes ont voulu faire une vente et qu'elles aient omis de fixer un prix, la vente n'existe pas.

C'est le premier de ces éléments, celui qui est général et s'applique à tous les actes juridiques, qui manque à l'acte simulé. La vérité est qu'il est inexistant et il est inexistant parce qu'il est simulé. Peu importe par conséquent que la simulation soit frauduleuse ou non frauduleuse.

La preuve de la simulation aboutit toujours à la constatation de l'inexistence de l'acte apparent. Il en est ainsi que la simulation soit totale ou partielle ou qu'elle porte sur la nature de l'acte simulé. Si une personne fait une donation mais présente cette donation comme étant une vente, il n'y aura pourtant qu'une donation. Le geai de la fable n'est pas devenu un paon pour s'être paré de ses plumes.

Deux principes dominent toute cette question :

1° L'acte simulé est inexistant ;

2° L'acte secret a la valeur qu'il aurait eu s'il avait

été fait directement ; à ce point de vue la simulation est indifférente.

Mais l'absence de volonté dans le contrat apparent, comment la percevoir. La convention se présente aux yeux du tiers sous les apparences de la réalité au point qu'elle leur fait illusion ; son objet est licite et les parties contractantes sont pleinement capables.

Elle fait défaut cependant parce qu'au moment où elle a été émise elle a été détruite totalement ou partiellement par une volonté contraire.

Il en serait autrement si l'émission de la volonté destructive s'était fait attendre ne fut-ce qu'un instant de raison. La convention apparente aurait pris naissance mais aurait été novée quelques moments après ; il n'y aurait plus contre-lettre.

La simultanéité de conception entre la convention apparente et la convention secrète est la condition essentielle et caractéristique de l'existence des contre-lettres parce qu'inexistence et simulation ne forment qu'une seule et même chose et que la contre-lettre est la convention réelle et secrète qui accompagne nécessairement une convention simulée et apparente.

MM. Aubry et Rau (t. VIII, p. 756 *bis*) exposent cette idée en ces termes.

« Si les contre-lettres sont d'ordinaire rédigées en même temps que l'acte auquel elles dérogent, cette

simultanéité de rédaction n'est pas une condition nécessaire pour qu'un écrit puisse être considéré comme une contre-lettre. L'écrit qui déroge à un acte antérieur constitue une contre-lettre, bien qu'il n'ait été rédigé que plus ou moins longtemps après cet acte, si en réalité *il n'est que l'expression d'un accord arrêté d'avance entre les parties.* »

Dans ces quelques lignes, MM. Aubry et Rau distinguent clairement la convention de contre-lettre, de la forme qu'elle revêt. La première seule a de l'importance et doit avoir été « d'avance » dans l'esprit des parties, c'est-à-dire au moment de la formation du premier contrat. Quant au moment d'apparition de sa forme, de l'écrit qui la constate, qu'importe ! Il peut bien en venir jamais.

La simulation étant au préalable démontrée, les intéressés peuvent se reporter à la théorie de la novation pour la solution des autres questions. A l'égard des tiers les deux contrats n'apparaissent généralement que successivement ; ils sont d'abord dupés par la teneur d'une convention apparente et apprennent ensuite l'existence de la contre-lettre. Il serait inéquitable que les tiers repoussent l'application d'un contrat caché qui modifie si peu le précédent qu'il n'entraînerait pas sa novation au cas où l'on ne serait pas en présence de deux contrats simultanés.

Cette comparaison s'impose si l'on ne veut se con-

tenter, pour expliquer les différences entre les contre-lettres qui tantôt sont opposables aux tiers et tantôt ne le sont pas, de comparer, comme le fait M. Bartin (thèse, p. 14), les différents degrés de simulation « à un poison qui perd de sa force ».

§ IV. — LA CONTRE-LETTRE DOIT-ELLE ÊTRE IGNORÉE DES TIERS ?

Nous ne le croyons pas, bien que cette condition soit exigée par la majorité des auteurs et de la jurisprudence.

Qu'ils prouvent seulement la simulation de l'acte apparent, la simultanéité de l'acte apparent avec l'acte caché et partant son inexistence ; c'est assez.

Pourtant les contre-lettres nuisent au tiers parce qu'ils en ignorent l'existence. Leur bonne foi est surprise, leurs spéculations sont déjouées par l'apparition de cette convention cachée. Ce sont là les arguments principaux présentés par les jurisconsultes qui veulent justifier le traitement défavorable qui leur est infligé.

« Les contre-lettres, disait Ferrière, sont vues défavorablement. C'est un détour concerté pour retenir d'une main ce qu'on a abandonné de l'autre, et pour mettre à couvert ce qu'on appréhende de faire connaître au public. »

C'est en application de cet ordre d'idées que les contre-lettres étaient, dans l'ancien droit, opposables aux tiers quand elles revêtaient la forme notariée, qui était alors censée assurer la plus grande somme de publicité.

Néanmoins nous n'estimons pas ces raisons suffisantes, parce qu'elles ne se rattachent à aucun système juridique connu. Il est bien évident que les contre-lettres sont moins dangereuses quand elles sont connues, et que les prêteurs raisonnables préfèrent ne pas s'engager plutôt que de risquer les chances d'un procès ; mais quels principes permettent de refuser l'action à des tiers même déraisonnables ?

Si l'on refusait une action à tous les prêteurs étourdis, les tripoteurs auraient partie belle. On ne refuse pas d'action au volé sous prétexte qu'ayant connu la manière d'opérer de son voleur, il aurait pu empêcher ses agissements.

Les principes supérieurs du droit ne se rattachent naturellement à aucun système juridique. Ils sont inspirés par les nécessités de la vie en société. Ils sont définis par la sociologie et la philosophie ; leur étude constitue la philosophie du droit. Ils sont traduits d'une façon plus contingente par le législateur.

Tout autre est le rôle du jurisconsulte. Il élabore

et tire la meilleure partie de l'œuvre du législateur.

C'est aussi le rôle de l'auteur d'une thèse qui n'est qu'un jurisconsulte en herbe.

Nous lui refusons le droit de poser une règle qui n'est pas tirée des principes déjà établis, sinon il se pose en législateur et non pas en jurisconsulte.

La distinction a sa valeur puisque c'est par ces différences de point de vue que la Cour de cassation et avec elle tout le pouvoir judiciaire se distingue du pouvoir législatif.

En agissant ainsi, le jurisconsulte évite de prôner des solutions dont la justesse apparente ne peut pas résister à un examen de quelque durée. Il ne faut jamais oublier que les principes généraux, même si leur utilité nous échappe, sont le produit des expériences accumulées de plusieurs générations de penseurs.

Dans le cas particulier qui nous occupe, il paraît bien difficile de dire quelle solution est en pratique préférable, s'il convient dans l'intérêt des bonnes relations sociales d'accorder l'action de l'article 1321 aux tiers qui ont eu connaissance de la contre-lettre ou de la leur refuser.

Se plaçant en droit, croyons-nous, M. Demolombe déclare que cette distinction entre les cas où l'action doit être accordée et ceux où elle ne doit pas l'être « résulte nécessairement du motif essentiel sur lequel

cet article est fondé » (*Traité des contrats*, VI, p. 296, n° 347) et il leur refuse l'action.

C'est précisément le genre d'argument auquel nous refusons toute valeur parce qu'il confond le motif ou le but d'un acte juridique avec sa cause juridique, qu'il mêle le droit et la philosophie.

Nous nous rallions à l'opinion contraire en faisant nôtre les arguments contenus dans deux consultations données dans une affaire tranchée le 9 février 1848 par la Cour de cassation (S. 48.1.481 et D. P. 48.1.97) la première signée de MM. de Vatimenil et Piet et revêtue de l'adhésion de Duvergier, Perdessus, Duranton, Bonnier et Basviel; la seconde, signée des mêmes noms et revêtue en outre des adhésions de MM. Bérard des Glajeux et Jules Gossin.

Le tribunal de la Seine avait admis les demandes des tiers mais la Cour de Paris les avait rejetées. Les principaux arguments donnés dans la consultation sont contenus dans les propositions suivantes :

La Cour a invoqué à l'appui de son arrêt la connaissance que M. C... ait eue de la contre-lettre. Mais ce fait ne justifierait nullement l'arrêt attaqué.

Car d'une part l'article 1321 qui interdit de donner aucun effet aux contre-lettres contre les tiers est, ainsi qu'on l'a vu, conçu dans les termes les plus

généraux et les plus absolus. Après ces mots : « Elles (les contre-lettres) n'ont pas d'effet contre les tiers », il n'ajoute pas ceci : « A moins qu'ils ne les aient connues. »

D'ailleurs la connaissance d'un acte ne fait pas qu'on devienne partie contractante et l'article 1321 déclare expressément que les contre-lettres ne peuvent avoir d'effet qu'entre les parties contractantes.

Au surplus non seulement l'article 1321 ne distingue pas, mais il ne devait pas distinguer. Tout notre nouveau système de législation tend à donner pleine sécurité aux tiers pour favoriser les transactions si nécessaires à la vie sociale et cette sécurité n'existerait pas si les tiers avaient à craindre les effets de contre-lettres dont on déclarerait plus ou moins arbitrairement qu'ils auraient eu connaissance.

C'est bien assez que la simulation, très peu favorable de sa nature puisqu'elle tient du mensonge, régisse les parties contractantes, sans qu'on l'admette, en aucun cas, sous aucun prétexte, contre les tiers, au préjudice desquels il serait toujours facile de modifier, de changer la contre-lettre après comme avant l'époque à laquelle on prétendait qu'ils l'auraient connue ; car n'ayant point signé cet acte, n'y étant point partie, on n'aurait nul besoin de leur consentement pour l'altérer ou même pour le supprimer. Voilà ce qui a dû déterminer les auteurs du Code à

rédiger l'article 1321 dans les termes absolus qu'ils ont adoptés.

C'est aussi ce qui a déterminé la Cour de cassation à décider, en rejetant un pourvoi formé par le sieur V. d'A..., que la connaissance qu'avaient les tiers de la véritable qualité d'un prête-nom, ne leur rendait pas opposable ni cette qualité ni la contre-lettre qui le constatait. (Cass., 29 mars 1830, S. 30.1.128.)

En outre cette preuve négative l'ignorance d'un contrat serait difficile à administrer et on ne peut faire pâtir les parties contractantes de l'ignorance peut-être coupable d'un créancier.

Il faut autre chose pour constituer une contre-lettre et l'état psychologique des tiers ne saurait entrer en ligne de compte.

Ce qui est répréhensible, ce n'est pas d'omettre de porter un contrat à la connaissance des tiers ; ce n'est pas de rectifier une première convention jugée défectueuse, quelque sournoise que soit cette rectification, mais c'est de faire deux contrats lorsqu'un seul est nécessaire et de risquer d'égarer ainsi l'esprit des tiers par cette inutile duplicité.

Il nous paraît plus juste de rechercher seulement dans l'esprit des parties contractantes les faits répréhensibles qui permettent de qualifier de contre-lettre une convention modificatrice et de la rendre inopposable aux tiers.

M. Bartin, bien qu'il soit de l'opinion adverse, dit excellemment (thèse, p. 253) : « La législation frappe la contre-lettre parce qu'elle présente des caractères spéciaux. » La clandestinnité n'en est pas un car toutes les conventions peuvent être clandestines et néanmoins opposables aux tiers. Il suffit pour cela qu'elles aient acquis date certaine à leur égard dans les conditions fixées par l'article 1328.

Nous n'avons pas trouvé d'arrêt disant en propres termes que les contre-lettres peuvent être connues des tiers et ne pas cependant leur être opposables. Mais on trouve dans un arrêt de la Cour de Caen du 17 mai 1873 (S. 74.2.48) cet attendu : « Qu'il n'importe nullement que les créanciers aient ou n'aient pas eu connaissance lorsqu'ils ont contracté de l'acte public et ostensible dont ils réclameront plus tard l'exécution, parce que la loi ne leur impose aucune condition pour pouvoir repousser l'effet de la contre-lettre ; que les termes de l'article 1321 sont absolus : que ce serait y ajouter et par cela même le violer que d'exiger des créanciers cette connaissance ».

Cet arrêt insiste sur le caractère absolu des termes de l'article 1321. Dans l'espèce qu'il tranche les tiers n'ayant eu connaissance ni de l'acte apparent ni de la contre-lettre ne peuvent se prétendre trompés par les termes contradictoires d'une convention secrète ;

mais ne le peuvent davantage ceux qui ont eu connaissance de la contre-lettre.

Si l'action est accordée aux uns, il serait illogique d'en pas l'accorder aux autres ; les mêmes causes doivent produire les mêmes effets.

CHAPITRE II

Nature et fondement de l'action accordée aux tiers

§ I. — COMPARAISON DE L'ACTION EN DÉCLARATION DE SIMULATION ET DE L'ACTION PAULIENNE.

La faible importance attachée en cette matière à la personnalité des tiers ressort davantage d'une comparaison avec l'action Paulienne.

A mesure que la loi réprime plus fortement les agissements des hommes, le nombre des individus admis à faire mouvoir l'appareil de la justice s'accroît.

En matière pénale les délits de moindre importance ne sont réprimés que sur une plainte expresse de la personne lésée, tandis que la punition des fautes graves est poursuivie par le ministère public, représentant la totalité des individus de la nation et sans que le pardon de la victime puisse en arrêter le cours.

Il est juste que la faculté de se plaindre soit facilitée à l'encontre des offenses graves et soit restreinte pour les petites. Il est même bon que les toutes petites

offenses ne soient pas justifiables des tribunaux. Quelques coups de langue ou de poing suivant l'éducation des intéressés suffisent à en assurer la répression.

En matière civile la loi limite et réglemente strictement le droit d'user des faveurs qu'elle accorde aux faibles, aux mineurs, aux naïfs, en n'accordant que des nullités relatives ou en en subordonnant l'usage à des conditions diverses.

Mais contre l'acte qui enfreint une défense expresse ou se met en opposition manifeste avec elle, elle prononce la nullité absolue, sanction plus grave dans ses effets, ouverte à tous les intéressés. Ouvrir une action à tous les intéressés est le mieux que l'on puisse faire en matière civile où le ministère public ne peut comme représentant l'entité d'une nation donner l'essor à une action et doit se contenter d'un rôle consultatif dans un procès déjà commencé.

Lorsque la demande en déclaration de simulation est formée par un créancier contre une aliénation consentie par un débiteur qu'il prétend être purement fictive, elle ressemble beaucoup, au dire de bons auteurs, comme M. Planiol (t. II, p. 395), à l'action Paulienne ; dans les deux cas, c'est un créancier qui veut se faire payer sur un bien aliéné par son débiteur.

Mais l'action Paulienne s'attaque à une véritable aliénation qui réellement dépouille le débiteur de son droit et qui serait valable si ce débiteur n'était pas

insolvable. La demande en déclaration de simulation est dirigée contre une aliénation purement apparente et qui n'a d'autre but que de soustraire le bien aux poursuites des créanciers; les créanciers demandent non pas à faire révoquer à leur profit une aliénation sérieuse, mais à faire constater que ce bien n'a pas été réellement aliéné et qu'il appartient encore à leur débiteur.

L'action Paulienne est une faveur, une protection accordée aux créanciers; des conditions sévères sont exigées pour qu'ils puissent en bénéficier.

En offrant de prouver la simulation, les créanciers, dans l'hypothèse ci-dessus, demandent à administrer en justice la preuve d'une nullité absolue; l'exercice de l'action leur est facilitée.

De cette différence primordiale on déduit toute une série de conséquences étayées par la jurisprudence. Les créanciers n'ont pas besoin de prouver que la simulation a été faite pour leur faire fraude comme ils devraient le faire s'ils agissaient par l'action Paulienne. Il suffit qu'ils établissent le préjudice : du moment où les autres biens de leur débiteur ne suffisent pas à les payer, ils ont le droit de saisir ce qui leur appartient réellement encore, quel que soit le motif qui a poussé le débiteur à cacher ainsi sa qualité de propriétaire. Les créanciers même postérieurs à l'aliénation auront le droit d'apporter la preuve de son caractère fictif. C'est la conséquence de la même idée :

le créancier soutient simplement que son débiteur est propriétaire du bien qu'il désigne. Peu importe par suite que l'aliénation fictive soit antérieure à sa créance.

L'article 882 refuse aux créanciers d'un co-partageant le droit d'attaquer le partage comme frauduleux s'ils ont négligé de s'opposer à ce qu'il y fut procédé hors de leur présence ; mais ce que la loi enlève ainsi, c'est uniquement l'action Paulienne dirigée contre un partage réellement effectué.

Si les créanciers sont en état de prouver que l'acte de partage est fictif et que les parties n'y ont procédé qu'en apparence, ils auront encore le droit de faire tomber comme simulé ce semblant de partage.

§ II. — NATURE DE L'ACTION ACCORDÉE AUX TIERS.

Lorsque les créanciers du vendeur apparent demandent la nullité de l'acte simulé, ils n'agissent pas à proprement parler en vertu de l'article 1321 mais se fondent, croyons-nous, sur l'article 1166, autorisant les créanciers à exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exclusion de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne.

Mais quand l'action est intentée par un créancier qui demande le maintien d'une aliénation fictive consentie à son débiteur et la nullité de l'acte réel et simulé, la situation est toute différente.

C'est la situation directement prévue par l'article 1321.

Il autorise les tiers, non seulement à demander la nullité de la contre-lettre mais encore ressusciter à leur profit les effets d'acte inexistant par la volonté même des parties contractantes. C'est même le seul droit spécialement accordé aux tiers, car lorsqu'il s'agit de demander la nullité de l'acte simulé, les parties contractantes peuvent le faire aussi bien que les tiers à condition toutefois qu'elles remplissent les conditions exigées pour l'administration de la preuve par les article 1341 et suivants. Mais la contre-lettre « ayant effet entre les parties contractantes » celles-ci ne peuvent en demander la nullité ; c'est un droit réservé aux tiers.

Faut-il donc déduire de ce nouvel ordre de chose de nouveaux principes et de nouvelles règles ?

Comment justifier ce droit extraordinaire des tiers ressuscitant en quelque sorte à leur profit un acte qui n'a jamais existé même dans l'intention des parties ?

Nous croyons qu'on ne peut invoquer de meilleures raisons que celles d'un délit civil ou d'un quasi-délit, suivant les cas, pour autoriser l'action des tiers.

Dans l'antiquité le délit était un fait illicite, générateur d'obligations, qui avait pour caractère distinctif d'être prévu par une loi spéciale, en comprenant sous le nom de loi les dispositions des édits des ma-

gistrats ; les principaux délits étaient alors le *furtum*, le *dolus*, la *fraus creditorum*, etc.

La plupart de ces délits étaient des faits spéciaux déterminés par la loi, mais quelques-uns comme le *dannum injuria datum* de la loi Aquilia, étaient doués d'une certaine généralité.

Tous ces délits confondus et généralisés finirent par former une classe vague, celle des faits illicites sans noms spéciaux et sans bornes bien arrêtées parce qu'il n'existait plus de textes impératifs ou on en put trouver la définition.

En même temps que se produisait ce mouvement de généralisation, un autre mouvement avait lieu en sens inverse qui tendait à réduire, mais en apparence seulement, le nombre des délits :

En effet, nous exigeons une condition de plus, l'intention de nuire, que les Romains n'avaient pas connue ou dont ils ne s'étaient préoccupés que dans deux ou trois délits spéciaux comme le *dolus* et la *fraus creditorum* ; les dommages causés sans intention de nuire forment la classe des quasi-délits.

Ces évolutions contraires sont traduites par les articles 1382 et 1383.

Nous croyons que l'article 1321 indique un de ces délits prévus de façon générale par l'article 1382 et que la simulation est un « fait de l'homme qui cause à autrui un dommage et oblige celui par la faute du-

quel il est arrivé à le réparer ». La réparation doit être égale au montant du contrat simulé.

C'est de cette somme qu'ils ont pu se tromper sur la valeur du gage fourni par leur débiteur. Ils l'obtiennent en saisissant ou en faisant vendre à leur profit l'objet du contrat simulé.

L'action Paulienne a également sa cause dans un délit. Elle a sa mention spéciale dans l'article 1167 mais, comme l'action de simulation, elle est prévue d'une manière générale par l'article 1382.

Le créancier de l'acheteur apparent s'attaque comme le créancier qui intente l'action Paulienne à un bien qui n'est pas dans le patrimoine de son débiteur ; seulement, il n'en est pas récemment sorti, il n'y est jamais entré. C'est l'action des créanciers de l'acheteur apparent fondée sur l'article 1321, qui ressemble à l'action Paulienne, plutôt que celle intentée par les autres tiers créanciers du vendeurs ; cette dernière peut être une action réelle, une revendication ; l'autre a un caractère de personnalité marqué.

Nous ne pensons pas cependant que les mêmes preuves doivent être exigées des deux sortes de tiers. Les créanciers qui usent de l'article 1321 conservent tous leurs avantages et n'ont pas à prouver la fraude à leur égard, l'antériorité de l'aliénation, etc.

Dans l'action Paulienne ce qui constitue le délit c'est la fraude.

Il faut prouver l'intention de frauder ; sinon com-

ment distinguer cet acte d'un acte d'aliénation ordinaire. Il n'est pas défendu à toute personne qui a des créanciers chirographaires d'aliéner ses biens.

Les créanciers ne pourront donc saisir et caractériser le délit que s'il a été commis antérieurement à la naissance de leur créance.

Au contraire le délit prévu par l'article 1321 est le fait d'avoir rédigé deux actes simultanés là où un seul était nécessaire, risquant ainsi, volontairement ou involontairement, d'induire des tiers en erreur. Il est suffisamment caractérisé par l'existence des deux contrats. On n'a pas besoin d'autre chose pour l'apercevoir.

Si les parties n'ont pas eu l'intention de frauder, elles seront coupables d'avoir ignoré la loi qui, par ses distinctions entre auteurs et tiers, conseille de ne pas faire de contre-lettres et oblige les contrevenants à en supporter les conséquences. Si elles n'ont pas eu cette intention, elles n'ont commis qu'un quasi-délit mais les conséquences pécuniaires sont les mêmes.

Le droit de repousser les effets de la contre-lettre, accordé aux tiers par l'article 1321, est un droit propre. Ils ont une action directe et ils n'empruntent nullement le droit de leur débiteur comme les créanciers du vendeur apparent.

Si les tiers invoquent l'existence de la contre-lettre, ils ne font que se prévaloir du droit qui appar-

tient à tout intéressé de faire déclarer la nullité des actes radicalement nuls ou inexistants.

S'ils demandent la survivance en leur faveur de l'acte apparent et simulé, nous estimons qu'ils intentent une action pénale en dommages et intérêts, ouverte également en vertu d'un droit propre à toute personne intéressée pécuniairement.

Dans le premier cas les tiers n'exercent pas une action tendant directement à les indemniser ; ce qu'ils demandent, c'est la nullité de l'acte apparent qui fera rentrer dans le patrimoine de leur débiteur le gage convoité, puis ils poursuivront la réalisation de ce gage par les voies d'exécution ordinaires.

Dans la seconde hypothèse, ils exercent une action en dommages et intérêts et se feront payer sur des biens du vendeur originaire devenu leur débiteur. L'action qu'ils exercent est une action personnelle qui ne leur donne aucun privilège ni droit de suite sur les biens de leur débiteur et si nous nous sommes permis quelquefois au cours de cette étude à dire que l'acte apparent était ressuscité au profit des tiers qui repoussent la contre-lettre, c'est pour faire image et ne pas nous mettre en contradiction constante, dans des chapitres où la nature de l'action n'est pas en jeu, avec les auteurs qui accordent une existence quelconque à l'acte apparent.

On pourrait déduire le contraire d'une interprétation superficielle des termes de l'article 1321. La con-

tre-lettre est sans effet à l'égard des tiers, c'est donc que l'acte simulé existe à leur égard et cette existence doit produire quelques effets réels. Il n'en est rien et ce qui le prouve c'est que les auteurs qui ont voulu donner aux tiers un privilège quelconque sur l'acte apparent ont recouru à des arguments d'ordre économique, invoquant la nécessité d'assurer la sécurité des relations sociales ou ont fait de fausses applications de la maxime *error communis facit jus*(1).

Du reste le législateur ne parle que des contre-lettres, sans jamais parler de l'acte simulé ; il ne dit pas que l'acte fictif soit réel à l'égard des tiers, comme il ne dit pas que l'acte réel soit nul pour eux ; il annonce seulement que les contre-lettres n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes et qu'elles n'ont pas d'effet à l'égard des tiers. A l'égard des créanciers chirographaires, au profit desquels est surtout écrit l'article 1321, l'effet désiré est celui qui assure le paiement de leur créance ; une action en dommages et intérêts y pourvoit et pallie équitablement à l'effet trompeur d'une simulation.

On pourrait se demander dans l'hypothèse contraire, si la nullité du contrat apparent est prononcée exclusivement et par privilège au profit de ceux qui ont intenté l'action.

Nous ne le croyons pas ; car l'action qu'ils exer-

1. Cf., p. 162.

cent n'est ni un privilège, ni une faveur ; c'est l'action oblique de l'article 1166.

L'acte apparent est nul en dehors d'eux et sans eux, si bien que même les créanciers postérieurs à son accomplissement peuvent en demander la nullité.

Tous les autres créanciers profiteront donc, en saisissant le bien rentré dans le patrimoine de leur débiteur, de l'action exercée par l'un d'eux. Au contraire l'action en dommages et intérêts ne profitera qu'à celui qui l'aura intenté.

En effet par l'action Paulienne la vente n'est résolue qu'à l'égard de ceux qui l'ont intentée ; ils jouissent d'une sorte de privilège vis-à-vis des autres créanciers de leur ayant cause.

On justifie ordinairement cette solution à l'aide du principe de l'autorité relative de la chose jugée : le jugement de révocation ne profite qu'à ceux qui l'ont obtenu.

Le véritable motif est que la révocation n'a de raison d'être qu'en faveur des créanciers lésés et qu'au fond, il n'y a pas de véritable révocation.

En droit romain l'action Paulienne fut d'abord une action pénale en dommages et intérêts par laquelle on obtenait une condamnation pécuniaire égale au préjudice causé. Puis on introduisit dans la formule de cette action une clause arbitraire permettant au créancier, soit d'obtenir une condamnation pécuniaire, soit une restitution en nature par la révocation de l'acte inériminé.

De là vient le nom de l'Action Paulienne ou *révocatoire* donné à cette action. L'acte de vente annulé le bien vendu rentrait entièrement dans le patrimoine du débiteur et redevenait sujet aux poursuites de tous les créanciers ; l'impeccable logique des jurisconsultes romains ne l'eut pas permis autrement.

Dans le droit français l'action Paulienne n'est pas véritablement révocatoire.

Ce n'est qu'une action en dommages et intérêts ; mais comme on ne l'accorde que subsidiairement aux créanciers dont le débiteur ne possède plus de biens, il faut nécessairement, sous peine de ne pas exister et d'être un leurre, qu'elle s'exerce sur des biens récemment et frauduleusement sortis du patrimoine du débiteur. Elle semble ainsi conférer une sorte de droit réel et de droit de suite, mais ce n'est qu'une apparence.

L'acte frauduleux n'est pas réputé détruit dans les rapports du tiers acquéreur avec le débiteur ; à son égard, l'acte doit produire tous ses effets. Par conséquent, s'il reste un excédent de valeur libre après le désintéressement du créancier, cet excédent doit lui rester ; par conséquent encore, un recours en garantie s'ouvre au profit de cet acquéreur contre le débiteur pour toute la valeur dont il a été privé par la poursuite du créancier, plus les frais et pertes accessoires. Il a en définitive payé la dette d'autrui et ne retire pas le profit de l'acte qu'il avait fait. Malheureusement ce recours

lui est absolument inutile dans la pratique puisqu'il est donné contre un homme absolument ruiné.

Telle n'est pas la situation des créanciers qui demandent l'annulation de l'acte apparent. Ce sont eux qui intentent véritablement une action réelle et non pas les créanciers qui exercent l'action Paulienne. Ils doivent en subir les conséquences romaines.

Il pourra dès lors arriver qu'au lieu d'intenter une action en simulation aboutissant à la nullité de l'acte simulé envers et contre tous, ils aient avantage à intenter l'action Paulienne. Le choix entre les deux actions leur est certainement ouvert. Mais dans ce dernier cas ils doivent remplir toutes les conditions exigées pour son exercice, notamment avoir un titre antérieur à l'acte incriminé, prouver la fraude de leur débiteur et la complicité de son ayant cause s'ils attaquent un acte à titre gratuit, etc.

Nous avons vu combien l'exercice de l'action de l'article 1321 devait être facilité aux tiers qui repoussent la contre-lettre, bien qu'ils ne possèdent qu'un droit personnel en dommages et intérêts analogue à celui accordé par l'action Paulienne. Les mêmes raisons ne militent pas en faveur des tiers qui, par cette dernière voie, poursuivent l'exécution de la contre-lettre.

Ils ne prouvent pas en effet la simulation ; ils re-

noncent à la prouver. L'acte simulé est alors seul connu et a toutes les apparences d'un acte réel.

Les créanciers de l'acheteur apparent au contraire connaissent la contre-lettre puisqu'ils en repoussent les effets et le caractère frauduleux de l'opération est présumé résulter de l'existence de cette contre-lettre et de la présence simultanée de deux contrats là où un seul était nécessaire.

Ces avantages ne sont pas sans compensations pour les créanciers de l'acheteur apparent lorsque le gage visé est passé entre les mains d'un sous-acquéreur.

§ III. — SITUATION DES TIERS EN PRÉSENCE DE SOUS-ACQUÉREURS DE DROITS RÉELS.

Nous n'avons mis en présence jusqu'à présent que des créanciers chirographaires, mais quels seront leurs droits en face d'un acquéreur de droits réels, créancier hypothécaire, usufruitier ou sous-acquéreur.

Il arrive fréquemment que le bien indûment vendu par le débiteur ait déjà circulé et se trouve aux mains de sous-acquéreurs quand les tiers intentent leur action.

Pourront-ils l'y poursuivre ?

Le traitement infligé aux tiers créanciers du vendeur apparent diffère de celui infligé aux créanciers de l'acheteur, mais les premiers ont ici manifestement l'avantage sur les seconds.

Une opinion très favorable et très absolue, puisqu'elle demeure la même, que l'acte soit attaqué comme frauduleux par l'action Paulienne ou comme simulé, a été développé avec beaucoup de force par Laurent (t. XVI, n° 464) ; elle a même triomphé devant la Haute Cour de Hollande (28 mars 1884, S. 85.4.9). Les sous-acquéreurs sont dans tous les cas exposés à l'action des créanciers.

Un argument très simple est tiré de l'article 2125 ainsi conçu : « Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résolu dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision. »

En d'autres termes on ne peut transférer plus de droits qu'on en a soi-même ; le premier acheteur n'a qu'un droit sujet à annulation ; ce droit ne peut se transformer au cours de sa transmission ; il reste donc annulable sans qu'il y ait à s'inquiéter de la situation personnelle d'un second acheteur ou d'un créancier hypothécaire.

Nous ne réproouvons dans cette opinion que ce qu'elle a d'intransigeant et nous nous rallions à celle de Laurent lorsque les créanciers du vendeur usent de l'action en déclaration de simulation. Ils ne font alors qu'exercer, en vertu de l'article 1166, l'action en revendication qui appartient à leur débiteur.

En ce qui concerne l'action Paulienne, la question

quoique non prévue par le Code n'est pas nouvelle ; elle était déjà résolue par les jurisconsultes romains.

« Is qui a debitore, cujus bona possessa sunt, sciens rem emit, iterum alii bona fide ementi vendidit, quesitum est au secundus emptor conveniri potest ? Sed verior est Sabini sententia bona fide emptorem non teneri, quia dolus duntaxat nocere debeat, qui eum admisit ; quemadmodum diximus non teneri eum, si ab ipso debitore ignorans emerit, (Paul, f. 9, *Dig* : quæ in fraud credit 48-8.) »

Ce texte a une très grande autorité comme précédent : notre législateur n'a fourni aucun détail sur l'action Paulienne ; il s'est borné à en poser le principe dans l'article 1167 du Code civil renvoyant implicitement au droit antérieur ; c'est si vrai, que c'est au droit romain que tout le monde sans hésiter emprunte la distinction faite entre ceux qui ont traité avec le débiteur, suivant qu'ils ont traité à titre gratuit ou à titre onéreux.

Pourquoi rejeter la tradition sur ce point quand on l'accepte sur d'autres ? Au surplus la doctrine transmise est parfaitement rationnelle et un accord presque parfait règne sur ce point. La bonne ou la mauvaise foi doit être la mesure de l'action quand il s'agit d'un acquéreur comme lorsqu'il s'agit d'un sous-acquéreur. Le sous-acquéreur de bonne foi ne doit pas être plus inquiété que l'acquéreur primitif de bonne foi.

Autrement on aboutirait à des solutions comme celle-ci : un débiteur a deux immeubles ; il veut se procurer promptement de l'argent liquide pour le soustraire à ses créanciers ; il les vend à deux individus différents, au-dessous de leur valeur. L'un des acheteurs est de bonne foi, il ignore absolument l'état des affaires de son vendeur, il ne s'en inquiète pas ; l'autre au contraire connaît bien cet état, il en profite pour acheter à vil prix. Devenu propriétaire il revend l'immeuble à sa juste valeur à un acheteur qui ignore ce qui s'est passé.

Dans la doctrine que nous combattons, ce sous-acquéreur de bonne foi sera privé de son acquisition, tandis que l'autre acheteur, de bonne foi également, sera à l'abri de toute action.

N'est-ce pas absolument déraisonnable ?

Il y a exception lorsque le sous-acquéreur est donataire. Cette différence entre les deux espèces d'ayants cause est traditionnelle. Elle a déjà été faite par les Romains (*Digeste*, L. XLII, titre 8, f. 6, § 8 et 11) et elle a toujours été conservée par notre jurisprudence.

La situation de l'acquéreur à titre gratuit est moins intéressante. La Romans disaient de lui *certat de lucro capitando*, tandis que les acquéreurs à titre onéreux *certant de damno vitando*.

Nous nous permettons de considérer cette hypo-

thèse comme une exception qui ne change pas la physionomie propre de la théorie.

Par la preuve de la simulation, au contraire, l'acte apparent est déclaré inexistant *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*.

Nous estimons que les sous-acquéreurs doivent être poursuivis qu'elle qu'ait été leur bonne foi, absolument comme lorsque l'action Paulienne est intentée contre des sous-acquéreurs à titre gratuit.

MM. Aubry et Rau soutiennent pourtant le contraire en termes un peu dubitatifs, il est vrai (t. III § 266).

« L'hypothèque constituée par une personne qui en vertu d'un titre régulier était propriétaire apparent d'un immeuble, bien qu'en réalité elle ne fut qu'un simple prête-nom dépourvu de tout pouvoir d'hypothéquer, devrait, dans l'intérêt des créanciers, être maintenue contre le véritable propriétaire ou ses ayants cause. »

M. Planiol donne des raisons. « Ce n'est pas, dit-il, parce qu'ils ont pour eux le texte de l'article 1321, car les autres, ceux qui sont les ayants cause de l'aliénateur, ont pour eux un principe tout aussi certain qu'une texte. »

« La raison est la nécessité d'assurer la sécurité des relations sociales ; ils ont traité en se fondant sur un état apparent qu'ils devaient prendre pour vrai ; protection leur est due. »

On peut ajouter qu'ils ont sur les autres l'avantage de la possession. »

In pari causa, melior causa possidentis.

Nous ne retenons que ce dernier argument le seul qui soit vraiment juridique.

Nous n'en méconnaissons pas la valeur pour les meubles. Il est en conformité avec l'article 2279. « En fait de meuble possession vaut titre. » Mais en matière immobilière la possession n'est jamais un obstacle à la revendication. Séparée du titre véritable elle n'a aucune valeur.

Plus récemment on a fait application en faveur de créanciers hypothécaires de l'acheteur apparent de la maxime : *Error communis facit jus*.

Ce brocart dont on a faussement attribué la paternité aux jurisconsultes romains fut, semble-t-il, formulé par des jurisconsultes de l'ancien droit, commentant des solutions romaines, notamment la célèbre loi Barbarius Philippus, consacrant la validité des actes faits par un esclave élevé à la dignité de prêteur dans l'ignorance où l'on était de son véritable état, si bien que, par une déformation historique curieuse, la paternité de la maxime fut attribuée aux jurisconsultes romains.

Dans le droit actuel, à côté du silence de tous nos codes sur la maxime, on relève un avis du Conseil d'État du 2 juillet 1812 qui use de la maxime pour valider des extraits de registre de l'état civil délivrés

par de simples secrétaires de mairie dépourvus de tout caractère officiel mais ignorant leur incapacité.

Depuis lors les tribunaux en font un usage de plus en plus fréquent et pourtant le droit romain n'a pas traité la question; les jurisconsultes de l'ancien droit parlent très brièvement de la maxime, toujours à propos d'espèces particulières et sans jamais s'élever jusqu'à une théorie d'ensemble.

Le législateur, par l'avis de 1807, a procédé de même.

On a commencé par s'en servir pour valider les actes de disposition faits par l'héritier apparent et sur ce point la Cour de cassation s'est récemment prononcée (Cass., 26 janv. 1897. D. 1.33) et depuis la loi de 1901 dissolvant les congrégations religieuses a fourni matière à d'autres applications.

Il s'est agi de protéger non seulement les créanciers hypothécaires ayant traité avec la société congréganiste postérieurement au vote de la loi, mais encore les créanciers antérieurs si la congrégation n'était pas autorisée, ce qui était le cas le plus fréquent. La loi de 1901 dans son article 18 repousse rétroactivement toute idée de société de fait qui, en l'absence d'autorisation légale, aurait pu servir de base pour valider les actes faits par la congrégation dissoute.

La Cour de cassation s'est d'ailleurs prononcée dans ce sens par un arrêt du 8 février 1904.

La nécessité de trouver un principe qui permit de protéger les tiers se fit donc plus impérieusement sentir et on eut recours à la maxime. *Error communis facit jus*. Les décisions sont très nombreuses formant dès aujourd'hui un corps imposant de jurisprudence (1) mais dans ses attendus, la Cour de cassation n'a jamais donné asile à cette maxime.

Il est certain que les créanciers hypothécaires ne seront protégés que s'ils sont de bonne foi. L'erreur de droit ne peut engendrer le droit. L'erreur de fait est seule créatrice. Il faut donc que le créancier ait pris le prête-nom pour le véritable propriétaire. Mais quand l'erreur de fait cause de la bonne foi du créancier est-elle une erreur commune ? Voilà le point délicat laissé à l'arbitraire des tribunaux et qui est nécessairement une question d'espèces.

Nous avons précédemment dispensé les tiers qui attaquent l'acte apparent de la condition de bonne foi. Allons-nous lui donner quelque pouvoir au profit des tiers qui se défendent ?

Que l'erreur commune couvre l'irrégularité d'un acte de l'état civil ou d'un acte notarié, ou bien qu'elle fasse admettre l'équivalence de la capacité putative à la capacité réelle d'un témoin instrumentaire, ce sont là des effets traditionnels que nous admettons volontiers.

1. *Gazette du Palais*, 1905 2.119 ; 1905.2.158.

L'existence de mariages putatifs n'est pas discutée.

Mais il est bien différent de considérer l'erreur commune comme un moyen de valider les actes de disposition d'un propriétaire apparent. *Nemo dat quod non habet*. On ne peut transmettre plus de droits qu'on n'en a soi-même.

On justifie la moderne jurisprudence (1) par l'idée que la croyance commune est le vrai fondement de l'acquisition des droits.

Nous le croyons volontiers ; Pascal écrivait dans ses pensées : « Bien souvent la seule raison n'est juste en soi. Tout change avec le temps. La coutume fait toute l'équité par cette raison qu'elle est reçue ; c'est le fondement véritable de son autorité. »

C'est cependant insuffisant car la jurisprudence en validant les actes du propriétaire apparent ne reconnaît pas seulement à l'erreur commune sa faculté traditionnelle de création de droit mais encore une faculté translatrice. L'apparition du droit de l'acquéreur trompé est nécessairement précédé de la disparition du droit du véritable propriétaire.

Comment expliquer cette violation du droit acquis ? La perte de la revendication serait la sanction de la

1. Voir Emmanuel Lévy. Preuves par titre du droit de propriété immobilières, thèse Paris, 1890, p. 38 et suivantes. Lonieski. Essai sur le rôle actuel de la maxime, *Error communis facit jus*, thèse d'Aix 1905.

responsabilité du propriétaire. Le propriétaire véritable a trompé par action ou par omission la confiance dont autrui avait besoin. « Les autres sont responsables envers nous dans la mesure où nous avons besoin d'avoir confiance en eux pour agir (1). »

En d'autres termes, la responsabilité du propriétaire est fondée sur l'obligation générale de ne pas tromper la confiance nécessaire à l'entretien des relations sociales. Nous croyons que cette opinion explique fort bien le fondement profond de la responsabilité civile, et nous n'avons jamais douté que tout acquéreur évincé ait un recours contre son vendeur et le vendeur originaire. Mais de là à lui accorder un privilège sous forme de droit réel pour se faire payer, il y a quelque distance et nous ne voyons rien qui puisse la faire franchir. Un privilège ne peut être établi que par la loi. C'est l'idée qu'exprime le mot de privilège. Ils sont d'interprétation stricte et n'existent pas sans un texte qui les concède espressément.

On peut dès lors apercevoir la compensation dont nous parlions plus haut, accordée aux créanciers du vendeur apparent. S'ils doivent subir le concours de leur co-créancier sur le bien rentré dans le patrimoine de leur débiteur, les tiers qui usent de l'article 1321 jouissent d'un droit réel en revendication pour suivre leur gage en quelque main qu'il se trouve.

1. Lévy. Responsabilité et contrat. *Revue critique*, 1899 p. 361 et suivantes.

Si les créanciers de l'acheteur apparent ont l'avantage de garder pour eux seuls le bénéfice de leur action, ils ne peuvent certainement poursuivre le bien entre les mains d'un sous-acquéreur.

Le bien vendu ou hypothéqué par Primus avant ou après la naissance de leur créance est définitivement perdu pour eux. Il n'ont en effet qu'une action personnelle et n'exercent pas l'action réelle de leur débiteur.

§ IV. — EFFETS DE LA LOI DU 23 MARS 1855 ET DE L'ARTICLE 2279 SUR LA CONTRE-LETRE

Il n'y a lieu d'étudier ces effets qu'au regard des tiers créanciers du vendeur apparent qui seuls ont un droit de suite. Les autres tiers n'ayant jamais d'action réelle, ni la transcription, ni la possession ne peuvent les intéresser.

Lorsque l'article 1321 fut écrit, la transcription des translations de droits réels n'existait pas. Quels furent les effets de cette nouvelle loi sur la matière que nous étudions ?

Parlant de l'article 1321, MM. Aubry et Rau s'expriment ainsi : « Cette disposition a perdu de son importance en ce qui concerne la constitution ou la transmission de droits sur les immeubles. Les contre-lettres étant le plus souvent destinées à rester secrètes

tes, il arrivera rarement qu'elles soient transcrites et, à défaut de transcription, les tiers qui ont acquis et régulièrement conservé leurs droits pourront, sans se prévaloir de l'article 1321, se borner à opposer la disposition de l'article 3 de la loi du 23 mars 1855. »

L'article capital de cette loi est ainsi conçu : « Jusqu'à la transcription les droits et jugements énoncés aux articles précédents ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois. »

Après avoir refusé d'accorder des droits aux créanciers hypothécaires, mêmes de bonne foi, nous ne pouvons sous peine de nous contredire en accorder aux acquéreurs de droits réels visés par la loi du 23 mars 1855. Il serait illogique d'accorder aux uns ce que l'on refuse aux autres et nous ne connaissons pas, quant à présent, de jurisconsultes qui aient commis cette faute.

Les droits réels auxquels il est fait allusion sont soit des translations totales de propriétés, soit des transmissions d'un démembrement de la propriété, usufruit, antichrèse, usage et habitation.

Mais l'hypothèque n'est-elle pas aussi un démembrement de la propriété ?

Il est arrivé seulement que ce contrat perfectionné, pouvant par sa perfection même donner naissance à des fautes plus graves, a de meilleure heure attiré l'at-

tention des législateurs qui depuis des siècles en ont assuré la publicité.

Il réalise ce double problème d'assurer le gage de créancier sans déposséder le débiteur qui pourra continuer à donner à l'immeuble demeuré en sa possession ses soins compétents, car il est rare que la possession d'un immeuble n'exige pas, pour être fructueuse, des connaissances spéciales.

Il est par nature clandestin, on conçoit qu'on ait davantage senti le besoin de les publier. Au contraire les autres transmissions immobilières sont par nature apparentes et les cessions de droits réels qui ne se traduisent pas par une prise de possession effective sont l'exception.

Les publicités organisées par les articles 2146 et suivants et par la loi du 23 mars 1855 ne diffèrent pas l'une de l'autre, à cela près que l'inscription d'une hypothèque exige seulement la mention de certaines indications limitativement énumérées dans l'article 2148 tandis que la transcription est, comme le nom l'indique, la reproduction complète d'un acte.

Ce sont là des différences de forme plutôt que de fond, qui tiennent à la nature des conventions, diverses à l'infini, au point qu'il serait difficile de préciser les points intéressants, quand il s'agit de ventes, d'usufruits, etc., plus simples et plus monotones quand il s'agit d'hypothèques au point qu'on les dirait formées dans le même moule.

La transcription est le mode de publicité des transmissions de droits réels, autres que les hypothèques pour lesquelles la publicité s'effectue par inscriptions ; mais aucun de ces modes ne peut assurer l'existence d'une transmission de droits réels nulle ou inexistante.

Notre transcription n'a aucun rapport avec le système Torrens appliqué en Australie.

Elle ne rend pas l'acte inattaquable sauf recours des intéressés contre l'administration. Celle-ci ne s'occupe nullement de la valeur des actes qu'elle transcrit, de même qu'elle n'apprécie pas la validité des brevets qu'elle délivre et se contente d'en préciser la date et la teneur.

On ne saurait nier cependant à la transcription une certaine valeur translatrice. Lorsqu'un même bien a été vendu successivement à deux acheteurs différents, la propriété demeure à celui ou aux créanciers acquéreurs de droits réels de celui qui a fait transcrire le premier, encore que son titre soit le second en date. Il arrive donc que le second acheteur acquiert la propriété d'une chose qui n'appartient plus à son vendeur, que celui-ci n'a pu valablement lui transmettre, car la loi de 1855 n'a pas abrogé l'article 1138 et la simple convention de vente est encore translatrice de propriété par elle-même.

Mais cette hypothèse est tellement théorique ! Si l'on interrogeait les notaires de France, la plupart

répondraient n'avoir jamais vu semblable machination. Il y a même des jurisconsultes qui l'avouent.

Ainsi M. Demolombe écrit, tome XXIX, n° 338 :
« Sous le Code civil, la propriété était transmise sans aucune publicité, même à l'égard des tiers, par le seul effet de la convention. Sous un tel régime était-il logique de prononcer l'inefficacité des contre-lettres à l'égard des tiers ? Et puisqu'on ne les protégeait pas contre le danger des transmissions secrètes, y était-il bon de distinguer entre les transmissions sérieuses et les transmissions simulées ? Assurément oui. En effet la vente du même immeuble à deux acheteurs successifs est, ainsi que le dit M. Boussier (n° 518), une fraude grossière très peu fréquente dans la pratique et dont il n'y a que de rares exemples dans l'intervalle même de 1804 à 1855, tandis que les contre-lettres sont très usitées pour déguiser les conventions. »

La transcription produit d'autres effets d'une application plus fréquente ; elle arrête le cours des inscriptions, elle conserve le privilège du vendeur, etc...

Du reste la loi du 13 mars 1855 n'autorise pas les créanciers chirographaires à opposer le défaut de transcription.

Ils ne peuvent saisir que les biens qui sont dans le patrimoine de leur débiteur ; ceux qui en sont sortis par l'effet d'une aliénation sort hors de leur gage, et même nous doutons que les acquéreurs de droits

réels puissent s'en prévaloir dans l'hypothèse présente.

Le peuvent certainement ceux qui tiennent leurs droits d'un contrat valable en lui-même auquel il se manque que d'avoir été transcrit pour être parfait ; c'est le cas du second acquéreur.

Mais peuvent-ils le faire, ceux qui ne tiennent leur droit que d'un contrat entaché de nullité ou inexistant dans l'intention même des deux parties contractantes ? Nous ne le croyons pas. La transcription n'a pas de force en elle-même, elle a besoin d'un bon contrat pour s'appuyer, comme le rosier d'un tuteur.

Quelle que soit l'opinion adoptée, la présente discussion n'intéresse pas les créanciers chirographaires et les acquéreurs de biens meubles non susceptibles d'hypothèques auxquels la loi du 23 mars 1855 n'est pas applicable.

Ces derniers trouvent une protection plus efficace dans l'article 2279. « En fait de meubles la possession vaut titre. » Primus vend fictivement un immeuble à Secundus qui le revend à un tiers de bonne foi. Ce sous-acquéreur pourra-t-il user de l'article 2279 pour repousser la revendication de Primus ?

Oui, s'il est de bonne foi.

Cette condition n'est pas exprimée dans l'article 2279, mais elle résulte de la combinaison de cet article avec un autre texte du Code, l'article 1141 qui

n'est qu'une application particulière de la règle générale (1).

Mais cette condition remplie, nous croyons fermement à l'efficace protection de cette règle. Les auteurs qui donnent un pouvoir protecteur à la transcription l'accordent également à la maxime. « En fait de meubles, possession vaut titre. » Et nous sommes de leur avis sur ce dernier point.

Elle a été inventée pour protéger les tiers qui ont reçu le meuble des mains du détenteur précaire à qui elle avait été confiée. On ne peut trouver de détenteur plus précaire que l'acquéreur apparent. Il faut naturellement tenir compte des dérogations à la règle et de la possibilité d'une revendication limitée quant au temps dans le cas du deuxième paragraphe de l'article 2279. « Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans à compter du jour de la perte ou du vol contre celui dans les mains duquel il la trouve, sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient » ou soumise à certaines conditions dans l'hypothèse de l'article 2280.

« Si le possesseur actuel de la chose volée ou per-

1. Art. 1141. — « Si la chose, qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement, est purement mobilière, celle des deux qui en a été ou possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi.

due l'a achetée dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles, le propriétaire originaire ne peut se la faire rendre qu'en remboursant au possesseur le prix qu'elle lui a coûté. »

CHAPITRE III

Qui peut se prévaloir de l'article 1321

Ce sont les ayants cause à titre particulier des parties et même les créanciers chirographaires.

Nous avons reculé cette étude jusqu'ici, bien qu'au cours de ce travail nous ayons toujours considéré les solutions comme admises, hésitant, s'il vaut mieux parler d'abord des personnes qu'intéresse une institution avant d'en indiquer la nature ou s'il est préférable de définir en premier lieu cette institution elle-même.

C'est vers cette seconde manière d'agir que nous avons penché, considérant qu'en droit, s'il est facile d'indiquer *a priori* la situation des bénéficiaires d'un droit qui ne peuvent être que des acquéreurs de droits réels ou des créanciers chirographaires, la manière dont ces droits leur sont accordés est infiniment complexe et variée.

Le Code parle simplement de tiers, il ne peut s'agir des personnes tout à fait étrangères aux parties contractantes *pœnitus extranei*, car l'article 1321

serait alors superflu, puisqu'il est de principe que les conventions, quelles qu'elles soient, ne peuvent produire aucun effet contre ces tiers.

La Cour de cassation a posé en principe qu'en matière de contre-lettre, les tiers, dans le sens de l'article 1321, sont tous ceux qui n'ont pas souscrit cette contre-lettre (Cass., 23 fév. 1835, aff. Janneret).

Mais la Cour n'a pas eu certainement la pensée d'étendre ce principe outre mesure ; ainsi les ayants cause à titre universel qui comme tels continuent la personne de leur auteur et succèdent à ses obligations n'ont pas souscrit la contre-lettre et cependant ne sont pas des tiers au point de vue de l'article 1321. Les contre-lettres sont évidemment opposables aux héritiers, aux légataires ou donataires universels et à titre universel, comme elles le seraient au signataire lui-même.

Mais le mot tiers doit nécessairement comprendre les ayants cause à titre particulier comme lorsqu'il s'agit de l'article 1328.

Parmi ces ayants cause à titre particulier les uns peuvent être possesseurs de droits réels, ce sont les sous-acquéreurs, les créanciers hypothécaires, etc..., les autres, n'avoir que des droits personnels, ce sont les créanciers chirographaires.

Les premiers, dans l'opinion commune, sont déjà protégés par la loi de 1855 lorsque l'acquéreur apparaît pour parfaire l'apparence fallacieuse de son ti-

tre l'a fait transcrire. En repoussant cette doctrine nous avons rendu à l'article 1321 toute son utilité.

Suivant Zachariæ l'expression tiers aurait dans l'article 1321 la même signification que dans l'article 1328 ; or les tiers ne sont pas des créanciers dans le sens de l'article 1328 à moins qu'ils n'aient à faire valoir des droits particuliers, distincts du droit de gage général que leur confère l'article 2092.

Mais les créanciers mêmes, simplement chirographaires, passent de la classe des ayants cause dans celle des tiers lorsqu'ils attaquent ou repoussent comme simulé ou frauduleux un acte portant atteinte à leur droit de gage et que c'est précisément sur une présomption de simulation ou de fraude que repose la disposition de l'article 1321.

Vu : le Président de la Thèse,

AMBROISE COLIN

Vu . Le Doyen,
CAUWÈS

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris

LIARD

TABLE DES MATIERES

	Pages.
INTRODUCTION. — But des contre-lettres.	5

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE I. — Diverses sortes de contre-lettres. . . .	9
§ I. — Contre-lettres dirigées contre les tiers et contre-lettres dirigées contre la loi	9
§ II. — Contre-lettres dans les cessions d'offices ministériels	17
§ III. — Étude de l'article 40 de la loi de brumaire an II	20
§ IV. — Des contre-lettres en matière de contrat de mariage	22
CHAPITRE II. — Origine et évolution des contre-lettres.	25
CHAPITRE III. — Les contre-lettres dans le droit civil .	30
§ I. — Caractères essentiels	30
§ II. — Interprétation de l'article 1321	35
§ III. — Place occupée dans le Code par l'arti- cle 1321	37
§ IV. — Qui peut invoquer l'article 1321.	39
§ V. — De la forme des contre-lettres	42
CHAPITRE IV. — Rapports de la contre-lettre et de la simulation	49
§ I. — Peut-il y avoir simulation sans contre-let- tre ?	49
§ II. — Validité de la simulation	57

§ III. — De la preuve de la simulation et de la contre-lettre	62
a) Preuves ouvertes aux auteurs de la contre-lettre.	63
b) Preuves ouvertes aux tiers	69
c) Présomptions de simulation.	74

DEUXIÈME PARTIE

CHAPITRE I. — Caractères de la contre-lettre	85
§ I. — Distinction entre les contre-lettres et les actes modificatifs	85
§ II. — Comparaison de la contre-lettre et de l'obligation novée	93
a) La convention réelle qui lie un prête-nom est-elle une contre-lettre	95
b) Différences entre la contre-lettre et l'obligation novée	110
c) Rôle que peut jouer l'idée de novation à propos de contre-lettre.	116
§ III. — Caractères propres de la contre-lettre. .	130
§ IV. — La contre-lettre doit-elle être ignorée des tiers.	136
CHAPITRE II. — Nature de l'action accordée aux tiers .	144
§ I. — Comparaison de l'action en déclaration de simulation et de l'action Paulienne	144
§ II. — Nature de l'action accordée aux tiers . .	147
§ III. — Situation des tiers en présence de sous-acquéreurs de droits réels	157
§ IV. — Effets de la loi du 23 mars 1855 et de l'article 2279 sur la contre-lettre.	167
CHAPITRE III. — Qui peut se prévaloir de l'article 1321.	175

